

UNIVERZITA KARLOVA

PRÁVNICKÁ FAKULTA

**MEDIACE A OBCHODNÍ SPORY:
VNITROSTÁTNÍ A MEZINÁRODNÍ PERSPEKTIVY**

**MEDIATION OF COMMERCIAL DISPUTES:
DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES**

Disertační práce

Praha 2013

Autor: JUDr. Martin SVATOŠ

Školitel: Prof. JUDr. Monika PAUKNEROVÁ, CSc., DSc.

Obor: Mezinárodní právo soukromé a právo mezinárodního obchodu

Klíčová slova:

mediace, obchodní spory, ADR, mediační doložka, smlouva o provedení mediace, mediační dohoda, MED-ARB, ARB-MED, ADR instituce, mediace investičních sporů

Key words:

mediation, commercial disputes, ADR, mediation clauses, agreement to mediate, mediation agreement, MED-ARB, ARB-MED, ADR institution, mediation of investment disputes

Anotace v českém jazyce:

Práce pojednává o mediaci a jejím užití ve vnitrostátních i mezinárodních obchodních sporech.

Ve své první části se zaměřuje na problematiku samotného konceptu mediace jako mimosoudního způsobu řešení sporů založeného na bázi konsensu. Sleduje, co vlastně mediace je a co ji odlišuje od jiných procesů, jakož i to, v jakých formách se dnes vyskytuje po celém světě. Dále se zaměřuje na interakci mediace a různých právních systémů, včetně práva mezinárodního a evropského.

V druhé části se zaměřuje na otázky, které z chronologického hlediska mediačnímu řízení předchází, tj. zejména na problematiku mediační doložky, jakožto ustanovení smlouvy zavazující strany provést mediaci, ale také na otázku mandatorní neboli povinné mediace.

Těžištěm třetí části práce je osoba mediátora a především problematika jeho povinností a odměňování.

Čtvrtá část se pak věnuje nejdůležitějším tématům souvisejícím se samotným mediačním řízením. Věnuje se tak postupně smlouvě o provedení mediace, otázce výhod a nevýhod mediace ad hoc a mediace institucionalizované, důvěrnosti v mediaci a konečně mediační dohodě.

V poslední, páté části práce následně odhaluje specifické způsoby využití mediace v obchodních sporech, když popisuje tzv. hybridní ADR modely MED-ARB a ARB-MED a využití mediace při řešení investičních sporů.

Abstract:

This paper addresses the mediation and its use in the both domestic and international commercial disputes.

In the first part, it focuses on the issue of mediation in general. It starts by trying to find an appropriate mediation definition and to distinguish mediation from the other similar proceedings. Further, it focuses on the different models of mediation being used today all around the globe. Finally, it addresses the interaction of mediation and law of different levels (national, European, international).

The second part is dedicated to the pre-mediation issues, especially to mediation clauses.

The third part focuses on the mediator as on the pivotal point of whole mediation proceedings. In particular, mediator's duties and fees are discussed.

The fourth part handles the main issues concerning the mediation proceedings. It starts with agreement to mediate and continues listing advantages and disadvantages of both the ad hoc and institutional mediation. It discusses the issue of confidentiality too and it ends by exploring the issues regarding the mediation agreement.

Finally, the last part mentions the use of mediation in specific situations as the hybrid ADR procedures ARB-MED and MED-ARB. It gives thought to the capacity of mediation for conflict resolution of investment disputes.

Prohlášení:

Tímto prohlašuji, že jsem práci vypracoval samostatně, že jsem všechny použité prameny a literaturu řádně odcitoval a že tato práce, ani její část nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze, 16. října 2013

.....

JUDr. Martin Svatoš

Poděkování:

Chtěl bych tímto způsobem poděkovat své školitelce, paní profesorce JUDr. Monice Pauknerové, CSc., DSc. za veškerou pomoc, nevšední ochotu a vstřícnost, kterou mi při vypracování této práce, jakož i při celém doktorském studiu poskytla.

OBSAH

Seznam použitých zkratk.....	10
Úvod: O skutečných cílech.....	13
I. Mediace jako řešení obchodních sporů	16
1. ADR – Alternativní řešení sporů	17
1.1 Dichotomie ADR a soudní řízení.....	17
1.2 Dělení ADR řízení	19
2. Na rozcestí - Co mediací je a co mediací není	21
2.1 Hledání definice mediace.....	21
2.2 Zmatení pojmů	24
2.3 Hranice mezi mediací a jinými ADR.....	27
3. Mediace a její modely.....	31
3.1 Tradičně užívaný model.....	31
3.2 Teorie mediačního metamodelu.....	32
3.3 Modely mediace vhodné pro obchodní spory	38
4. Mediace v interakci s právem.....	38
4.1 Teoretické pojetí regulace mediace	38
4.2 Český zákon o mediaci a regulační modely.....	42
4.3 Mediace a evropské právo.....	43
4.4 Mediace a mezinárodní právo soukromé	48
5. Výhody a nevýhody obchodní mediace.....	53
5.1 Výhody řešení sporů prostřednictvím mediace.....	53
5.2 Nevýhody a jejich léky	57
II. Cesta k mediaci	60
1. Propagace mediace	60
1.1 Propagace obecně.....	61

1.2	Výzvy	63
2.	Otázka vhodných sporů	64
2.1	Všeobecná perspektiva jako náhled	65
2.2	Early Case Assesment	66
3.	Mediační doložka	69
3.1	Navrhování klasické mediační doložky	69
3.2	Multi-level dispute resolution	74
3.3	Teoretické aspekty mediační doložky	76
3.3	Povinnost účastnit se mediace	80
4	Vyjednávání o mediaci	82
4.1	Nabídka na mediaci	82
4.2	Modely komunikace	85
6	Mandatorní mediace	86
6.1	Italská cesta: Mandatorní mediace	87
6.2	Česká cesta: První setkání s mediátorem	88
III.	Osoba mediátora	90
1.	Volba mediátora	90
1.1	Charakteristika dobrého mediátora	90
1.2	Výběr mediátora	92
2.	Povinnosti	93
2.1	Poučovací povinnost	94
2.2	Povinnost zůstat nezávislý a nestranný	95
2.3	Oznamovací povinnost	100
2.4	Povinnost vést spravedlivý proces	101
2.5	Povinnost za určitých okolností ukončit mediaci	102
2.6	Reziduální povinnosti	103
3	Odměna mediátora	104

3.1	Odměna mediátora a náklady řízení.....	104
3.2	Poplatek za úspěch	105
IV.	Mediační řízení.....	108
1	Smlouva o provedení mediace	108
1.1	Obecně o smlouvě o provedení mediace	108
1.2	Smlouva o provedení mediace podle českého práva	110
2.	Mediace ad hoc a mediace institucionalizovaná	111
2.1	Ad hoc mediace.....	111
2.2	Mediace institucionalizovaná.....	111
2.3	Mediace podle Pravidel ICC	113
3.	Důvěrnost v mediaci.....	117
3.1	Mlčenlivost a důvěrnost jako princip mediace	117
3.2	České pojetí mlčenlivosti a důvěrnosti	120
3.3	Evropské pojetí mlčenlivosti.....	122
4.	Mediační dohoda	123
4.1	Náležitosti a forma	123
4.2	Vykonatelnost mediační dohody.....	125
V.	Specifické formy užití mediace	129
1.	Mediace v rámci jiných ADR.....	129
1.1	MED-ARB	129
1.2	ARB-MED	135
1.3	Právní úprava kombinace mediace a arbitráže.....	142
1.4	Senior Executive Appraisal Mediation - SEAM.....	148
2.	Mediace investičních sporů	148
2.1	Krize jako příležitost.....	149
2.2	Vhodný mediační přístup	150
2.3	Překážky pro širší užití.....	151

2.4 Výhody mediace v investičních věcech	152
Namísto závěru: Malé zamyšlení nad budoucností	155
Resumé: Mediace a obchodní spory: Vnitrostátní a mezinárodní perspektivy	158
Summary: Mediation Of Commercial Disputes - Domestic And International Perspectives	160
Seznam literatury:	162
Citovaná rozhodnutí soudů.....	170
Austrálie.....	170
Evropský soud pro lidská práva.....	170
Francie	170
Hongkong	170
Německo	170
Nový zéland	170
USA	170
Velká Británie.....	171

SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK

ADR	Alternativní způsob řešení sporů, anglicky: <i>alternative dispute resolution</i>
CEDR	<i>Centre for Effective Dispute Resolution</i>
CPC	Code de procédure civile, francouzský občanský soudní řád
CPR	Mezinárodní institut pro prevenci a řešení konfliktů, angl. <i>International Institute for Conflict Prevention & Resolution</i>
Evropská směrnice o mediaci	Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech
Evropský kodex mediátora	Evropský kodex chování pro zprostředkovatele
IBA	Mezinárodní advokátní komora (asociace), angl. <i>International Bar Association</i>
ICC	Mezinárodní obchodní komora, angl. <i>International Chamber of Commerce</i>
ICSID	Mezinárodní Centrum pro řešení investičních sporů, angl. <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
LCIA	London Court of International Arbitration
MDR	Vícestupňové řešení sporů, angl. <i>Multi-Tiered Dispute Resolution (Multi-levels dispute resolution)</i>

MediationsG	Německý mediační zákon z 21. června 2012, Mediationsgesetz (BGBl. I S. 1577)
MLICC	Modelový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní konciliaci, angl. <i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation</i>
NADRAC	Národní Poradní Rada ADR (Austrálie), angl. <i>National Alternative Dispute Resolution Advisory Council</i>
Nařízení Brusel I.	Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
Nařízení Řím I.	Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy
OSŘ	Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších novel
SCC	Rozhodčí institut Stockholmské obchodní komory, angl. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
UMA	Jednotný mediační zákon Spojených států amerických, angl. Uniform Mediation Act
US\$	americký dolar
zákon o mediaci	zákon č. 202/2012 Sb. o mediaci

Skutečným cílem války je mír...

James Clavell¹

¹ Autorství tohoto citátu je někdy mylně připisováno čínskému politikovi, spisovateli a vojevůdci Sun-c'. Ve skutečnosti jej však zaznamenal významný anglický spisovatel a hrdina z Druhé světové války James Clavell v předmluvě k anglickému vydání Umění války (*The Art of War*), jejímž autorem je právě Sun-c'.

ÚVOD: O SKUTEČNÝCH CÍLECH

Citát v úvodu této práce odkazuje nejpravdivější pravidlo týkající se války. Žádná z nich se nevede pro boj sám, ale v zájmu stavu, který nastane po ní, a tak je mír skutečným účelem boje, ať již si pod ním jednotlivé strany představují cokoliv.

Vztáhneme-li toto přirovnání na válku právní, dojdeme kupodivu ke stejnému závěru. Pokud řinčení zbraní nahradí šustění papírů žalob a bitevní pole soudní místnost, jen těžko si lze představit, že by účelem žalobců, právníků a stran bylo samotné soudní řízení *per se*. Mnohem pravděpodobněji se bude jednat o stav míru a právní či ekonomické jistoty, kterou má zaručit právě rozsudek soudu.

Ovšem i za tento mír je třeba zaplatit daň. Sice nikoliv tak krutou, jako ve válce skutečné, ale o to reálnější, že dopadá přímo na zúčastněné, a to nikoliv pouze na stranu poraženou, ale vždy ve větší či menší míře i na vítěze.

Je tak tento postup ospravedlnitelný v situaci, kdy lze skutečného cíle dosáhnout i jinou cestou? V oblasti skutečné války je to vyjednávání a diplomacie. V oblasti běžných sporů, ať již se rekrutují z pole občanskoprávních či obchodněprávních, jsou to mimosoudní způsoby řešení sporů, mezi nimiž zaujímá nejvýznamnější místo právě mediace.

O soudním řízení jako o nejzazším nástroji pro řešení sporů se v rámci obchodní praxe vede kritická diskuze již po dlouhá léta, což je prokazováno zejména nesmírnou oblíbeností arbitráže, která dosáhla doslova celosvětových rozměrů. Není však právě nahrazení národního soudce soudcem soukromým oním příslovečným ústupem *z deště pod okap*? Přes veškeré výhody, které jsou arbitráží nabízeny, není princip souboje stran se všemi destruktivními následky v tomto případě zachován?

Pokud přelom století byl ve znamení vzestupu právě rozhodčího řízení, ekonomická krize, která po roce 2008 zasáhla většinu světových ekonomik, změnila uvažování většiny světových hráčů. V nedávném průzkumu PWC týkajícím se řešení konfliktů předních světových obchodních společností byla zjištěna vzrůstající oblíbenost mediace. Když byli respondenti dotázáni, jak se po roce 2008 změnil jejich přístup k volbě způsobu řešení obchodních sporů, nejčastější odpovědí bylo, že se tito s ohledem na svůj rozpočet spíše

rozhodují pro mediaci.² Jedny z předních výhod mediace, totiž její efektivita a nízká cena, tak začaly hrát svoji roli...a to naštěstí nikoliv pouze za hranicemi.

Přijetím zákona o mediaci v roce 2012 se také do povědomí české odborné veřejnosti konečně dostal pojem, který byl jejím západoevropským a americkým kolegům dlouhodobě znám jako užitečný nástroj pro prevenci a řešení vnitrostátních i mezinárodních sporů. Mezi povědomím a aktivním využíváním je však třeba urazit velkou vzdálenost, což je cesta, kterou musí mediace v České republice ještě urazit, aby se zdejší obchodní prostředí mohlo hrdě zařadit mezi vyspělé ekonomické systémy. Způsob, jakým se ve společnosti řeší spory, je totiž významným ukazatelem ilustrujícím vyspělost daného právního řádu. Avšak nejde jen o určitou kulturu. Mediace a další ADR může mít výrazný vliv také na celkovou ekonomiku země. Tak kupříkladu podle průzkumů CEDR ušetřila mediace v roce 2012 britské ekonomice okolo 2 miliard liber.³

Mediace nemá však jenom velké množství ekonomických, sociologických, jakož i právních následků, ale může také nabídnout velmi široké pole působnosti a použitelnosti: Od sporů rodinných, pracovních a tzv. *interfiremních*, přes konflikty obchodní a investiční, až po mezinárodní vztahy. V rámci této práce se, jak již její název napovídá, zaměříme toliko na spory obchodní s jemným přesahem na spory investiční.

Obchodní spory se totiž svojí specifičností odlišují od jiných konfliktů, které mohou být předmětem mediačního řízení, a vykazují tak celou řadu specifik. Předně jsou z právního hlediska zpravidla komplikovanější, a to včetně složitých a často provázaných právních vztahů mezi mnoha aktéry, přitom však zůstává prvotním cílem ekonomicky výhodný obchod a dlouhodobý zisk. S tím souvisí fakt, že je hodnota sporu většinou výrazně vyšší, než je tomu v běžných sporech. Strany také kladou větší důraz na svoji dobrou pověst a specifikem je v neposlední řadě také častý výskyt přeshraničních prvků a s tím související přítomnost více potencionálně použitelných právních řádů.

Všechny tyto charakteristiky vlastně paradoxně činí z obchodních sporů vhodné objekty mediace. Mezi její hlavní výhody totiž patří obrovská flexibilita, schopnost přizpůsobit se potřebám konkrétního sporu a to často neformálně. Pokud připomeneme i další výhody tak, jak jsou vysvětlovány později, totiž rychlost, efektivitu, zachování dobrých vztahů, orientaci

² LAGERBERG, G. – MISTELIS, L.: *Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives*, PWC, 2013, dostupné online na <http://www.pwc.com/>, [citováno k 1. září 2013].

³ CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION: *The Fifth Mediation Audit*, London, 2010, online text dostupný na <http://www.cedr.com>, s. 7, [citováno k 1. září 2013].

na budoucnost, posílení dobrého jména a další, je nám jasné, že se mediace pro řešení těchto sporů nejenom velmi hodí, ale také hodně používá.

Co je však potřeba učinit, aby mediace zdomácnila také v českém právním prostředí a aby se přirozeně stala první volbou, po které strany mající spor sáhnou? Primárně je potřeba, aby byly její koncept a specifika pochopeny mezi jejími potencionálními uživateli, tj. zejména mezi managementem a jejich právními zástupci a zprostředkovaně také mezi soudci. Svým dílem k tomuto úkolu si, doufejme bez přílišných ambicí, přeje přispět i tato práce. I přes jisté množství odborných publikací, které se s větším či menším úspěchem snaží problematiku mediace a ADR všeobecně české veřejnosti přiblížit, neexistuje v tuto chvíli v češtině kniha, která by se věnovala speciálně obchodní mediaci a přitom, jak již bylo ukázáno, je to právě tato oblast, kde mediace může nabídnout jeden z největších přínosů, ne-li rovnou ten největší.

Tento fakt by měla respektovat také struktura celé práce, která nejprve seznámí s mediací jako konceptem řešení obchodních sporů z všeobecného hlediska (Část I.: *Mediace jako řešení obchodních sporů*), aby následně objasnila základní problematiku tzv. předmediační fáze (Část II.: *Cesta k mediaci*). Následně se pak bude věnovat klíčové osobě celého řízení, tj. mediátorovi (Část III.: *Osoba mediátora*) a nejdůležitějším právním aspektům samotného řízení (Část IV.: *Mediační řízení*). Poslední část práce je pak věnovaná specifickým projevům uplatnění mediace (Část V.: *Varianty uplatnění*).

Vrátíme-li se k příměru použitému na samotném počátku této práce, lze dodat, že vždy budou existovat nezbytné války a nezbytné žaloby a soudní řízení, které jinou cestou vyřešit nepůjde. Těžké však také bude, ba možná přímo nemožné, odpovědět na otázku, zdali je to jistě právě konkrétní případ, kdy se válce nebo žalobě nebude možné vyhnout. Proto by se měla vždy nejprve zkusit mírnější cesta, a tak je namístě parafrázovat zmíněný citát:

Skutečným cílem války je mír...

Skutečným cílem sporu je smír...

I. MEDIACE JAKO ŘEŠENÍ OBCHODNÍCH SPORŮ

Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. As a peacemaker the lawyer has superior opportunity of being a good man. There will still be business enough.

Abraham Lincoln

Mediace jako řešení sporu nezávaznou intervencí nestranné třetí strany, jež pomáhá sporným stranám s vyjednáváním dohody,⁴ patří mezi nejrozšířenější alternativní způsoby řešení sporů (tzv. ADR⁵). Samotné její užití v obchodním prostředí je velmi široké – od drobných vnitrofiremních sporů, přes spory o drobné plnění, po komplikované transakce zahrnující právo duševního vlastnictví, až po vleklé obchodní konflikty ovlivňující mezinárodní vztahy a diplomacii. Sjednací prvkem je právě ono specifické obchodní milieu mající zájem na rychlém, efektivním a pokud možno kreativním řešení, které nepoškodí obchodní postavení svých aktérů.

Vezmeme-li v úvahu, že průměrné soudní řízení v České republice obchodněprávních věcech trvalo od nápadu věci do právní moci rozhodnutí 603 dnů,⁶ je zřejmé, že se nejedná o řešení nejrychlejší. Přitom právě rychlost je to, co efektivní obchod vyžaduje a co právě ADR řízení nabízí. Mediace je tak především alternativa k nejistému a nekontrolovanému výsledku v podobě soudního rozsudku.

I z tohoto důvodu se nejprve podíváme na samotnou definici ADR řízení (Kapitola 1), abychom následně při hledání definice zjistili, co mediací je, a co nikoliv (Kapitola 2). Samotná mediace však ve svých projevech není zcela jednotná, a proto se budeme věnovat jejím jednotlivým projevům - modelům (Kapitola 3). Následně se zaměříme na interakci mediace a práva (Kapitola 4) a nakonec zhodnotíme výhody a nevýhody užití mediace v obchodních sporech (Kapitola 5).

⁴ „The non-binding intervention by an impartial third party who helps the disputants negotiate an agreement.“ BÜHRING-UHLE, CH. – KIRCHHOF, L. - SCHERER, M. (eds.): *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan Rijn: Kluwer Law International s. 176, 2006.

⁵ ADR je anglický akronym pro *alternative dispute resolution*, což znamená alternativní řešení sporů.

⁶ Podle údajů Českého statistického úřadu, viz webové stránky úřadu <http://www.czso.cz/>, [citováno k 1. září 2013].

1. ADR – ALTERNATIVNÍ ŘEŠENÍ SPORŮ

Mediace patří mezi nejrozšířenější ze všech ADR (*alternative dispute resolution*) řízení. Samotný tento pojem vzbuzuje celou řadu kontroverzí a autoři se ani neshodnou, co všechno do této skupiny procesů patří a co již nikoliv. Zjednodušeně řečeno se jedná o řešení sporů jinými prostředky, než soudním řízením.⁷

Ačkoliv jsou mediace, arbitráž a další procesy používány lidstvem již po tisíce let⁸, to, co se nazývá moderní ADR, vzniklo v 60. letech 20. století v USA.⁹ Příčiny prudkého rozkvětu tohoto odvětví jsou hledány v nárůstu individuálních práv občanů a jejich aktivního využívání v letech po Druhé světové válce. Zvýšení počtu žalob následně způsobilo přetížení místních soudů, zvýšení trvání průměrného soudního řízení, jakož i nákladů na ně.¹⁰ To pak vedlo občany k tomu, aby hledali cestu rychlejší a levnější. Tu našli právě v ADR řízeních, jejichž množství se postupně zvyšovalo, kterýžto trend pokračuje dodnes.

Každopádně se ADR procesy setkaly s velkým ohlasem a úspěchem. Různé potřeby sporných stran vedly postupně k vytvoření celé řady specifických postupů, které se od sebe více či méně liší. Bez sporu k nejpoužívanějším patří vyjednávání, facilitace, mediace a arbitráž. Mezi ADR procesy však patří i mnohem specifičtější procedury jako je prevence sporů, MED-ARB, ARB-MED, Mini-Trial a další.

V této kapitole se nejprve zaměříme na to, co všechny tyto pestré a vzájemně odlišné procesy spojuje (1.1), a následně na to, jak lze tato řízení kategorizovat (1.2).

1.1 Dichotomie ADR a soudní řízení

ADR představuje souhrnný termín, jenž zahrnuje všechny způsoby řešení sporů, které jsou odlišné od státem předpokládaného soudního řízení.¹¹ Slovo alternativní u akronymu ADR je

⁷ Srovnej ARNER, B. A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul: West - A Thomas Reuters business 820 (9th ed. 2009), s. 91.

⁸ Tak kupříkladu již v roce 1800 př. n. l. se v království *Mari* na území dnešní Sýrie používala mediace a arbitráž pro řešení sporů s ostatními královstvími. V 5. století př. n. l. používali Řekové rozhodce pro rozhodování sporů a nálezy rozhodující konflikt mezi městskými státy byly dokonce veřejně publikovány na sloupech chrámů. Ve 4. století př. n. l. pak Aristoteles prohlásil arbitráž za lepší než státní soudy. Více viz BARRETT, J. T.: *A History of Alternative Dispute Resolution*, Jossey-Bass: San Francisco 2004, s. xxv.

⁹ BURGESS, H.: *Encyclopedia of Conflict Resolution*, ABC-CLIO: Santa Barbara 1997, s. 8.

¹⁰ Srovnej *ibid.*

¹¹ Největší debatu patrně vzbuzuje to, zdali mezi ADR řízení patří rozhodčí řízení neboli arbitráž. Odpověď na tuto víceméně akademickou otázku by nabídlo vyřešení problému, vůči čemu jsou tyto způsoby alternativní – zdali vůči soudním řízením (pak by arbitráž jednoznačně součástí ADR řízení byla) nebo vůči soudním i rozhodčím řízením. Jinými slovy, jde o vymezení toho, co je standardní. Pokud se týká obchodního styku a zejména mezinárodního obchodního styku, je zřejmé, že arbitráž je natolik rozšířeným způsobem řešení sporu, že o jejím postavení coby standardního řešení sporu nemůže být řeč. Z tohoto důvodu by snad bylo možné se v tomto směru připojit k zmíněnému přístupu a akceptovat vymezení ADR jako procesů alternativních k soudnímu

přijímáno všeobecně,¹² avšak nikoliv bezvýhradně. Kupříkladu ICC ve svých *ADR Pravidlech* jej vysvětluje jako *amicable* (tedy přátelské). Jinde jsou používány termíny *assisted* (asistovaný) či *appropriate* (vhodný).¹³ Svým způsobem jsou všechna tato označení správná. ADR řízení jsou vůči svým uživatelům skutečně přátelštější než soudní řízení, čemuž odpovídá nižší stupeň formálnosti. Všechna tato řízení jsou rovněž asistována zpravidla třetí nestrannou osobou a jsou také ve většině případů vhodná pro vyřešení velkého množství problémů.

Přes tuto jistě zajímavou názorovou pestrost však je nutné trvat na používání slova *alternativní*, jež je vysvětlováno tím, že ADR procesy slouží jako varianta - alternativa k základnímu či standardnímu a zákonem presumovanému způsobu řešení konfliktů, tj. k soudnímu řešení.

Ve skutečnosti si tato teze vyžaduje jisté upřesnění. Slovo *alternativní* nemá značit variantu k nejlepšímu, ale ani k nejpoužívanějšímu způsobu řešení sporu. Soudní řízení je pouze právně privilegovaný způsob řešení sporu, rozhodně nikoliv ale nejčtetnější. Tím je jednoznačně vyjednávání, které ve formalizovaných, ale především neformalizovaných podobách vyřeší největší množství problémů. Skutečnost je tak vlastně zcela opačná – soudní řízení je v kontextu celé společnosti spíše vzácné. Ostatně opačný stav by byl z hlediska zátěže soudů katastrofální a neunesitelný.¹⁴ ADR tak nevymezujeme jako alternativu k soudnímu řízení jako ke *společenské normě*, ale jako k *právně predikovanému institutu*. Jinými slovy z hlediska sociálních norem je ADR standardem a soudní řízení výjimkou a z hlediska právních norem je tento poměr opačný.

a rozhodčímu řízení. Vzhledem k tomu, co bude vyloženo dále, je však zřejmé, základní vymezení alespoň z hlediska teoretické vede vůči soudnímu řízení, a proto se pro potřeby této publikace rozhodčí řízení mezi ADR procesy počítá. Specifický přístup zvolila *ICC Pravidla ADR*, která definují ADR jako *amicable dispute resolution*, tedy jako přátelský způsob řešení sporu. Ani tato definice není zcela nepodložená, neboť výstup z ADR je jednoznačně přátelštější než rozhodčí nález nebo rozsudek. K tomu viz dále.

¹² Srovnej kupříkladu PAUKNEROVA, M. – BRODEC, J. – PFEIFFER, M.: Czech Republic, in Carlos ESPLUGUES MOTA, C. - IGLESIAS BUHIGUES, J. L. - PALAO MORENO, G. (eds.): *Civil and Commercial Mediation in Europe*, vol. I - National Mediation Rules and Procedures, Intersentia 2012, s. 99n.

¹³ Jak bylo shrnuto na konferenci o budoucnosti kalifornských soudů: „*nejenom, že je slovo alternativní neúčinné – alternativní k čemu? – ale slovo ‚vhodný‘ mnohem lépe vyjadřuje koncept ‚metody nejlépe se hodící k řešení problémů.‘* V originále: „*not only is ‘alternative’ unhelpful—alternative to what?—but ‘appropriate’ better conveys the concept of ‘method best suited to resolving the dispute...*“ Viz STIPANOWICH, T. J.: *ADR and the “Vanishing Trial”*: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”, in *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. I (2004), No. 3, 843-912, s. 845. Srovnej také NADRAC: *Dispute Resolution Terms: The use of terms in (alternative) dispute resolution*, 2003, online text dostupný na <http://www.nadrac.gov.au>, [citováno k 1. září 2013].

¹⁴ WARE, S. J.: *Alternative dispute resolution*, West Group, 2001, ss. 5-6.

Tato *dichotomie* mezi ADR procesem a soudním řízením je sice všeobecně přijímaná, přesto se nevyhne kritice. Podle některých autorů¹⁵ nelze ADR řízení od soudního takto snadno oddělit, neboť se často objevuje v souvislosti s ním a mnohdy přímo v jeho rámci.¹⁶ Některé ADR jsou navíc mnohem podobnější soudnímu řízení, než jiným ADR. Jako příklad lze uvést arbitráž.¹⁷ V takovém případě se podle Barucha Bushe naskytá otázka, co tuto velmi různorodou skupinu vlastně spojuje, když nikoliv to, že by byly mimosoudní, neboť jejich provázanost se soudy je zřejmá, ani to, že by sdílely společné hodnoty, neboť arbitráž či kupříkladu zčásti MED-ARB jsou postaveny na rozhodovacím direktivním principu, zatímco mediace na zásadě konsensu.¹⁸

Přes nespornou zajímavost tohoto názoru je třeba jej odmítnout. Absence společných hodnot, ani skutečnost, že i soudy oproti své *hlavní* činnosti využívají quasi ADR postupů, nejsou důvodem pro popření kategorizace a systematizace právního odvětví, které spojuje jejich *primárně* mimosoudní charakter při řešení sporů.

1.2 Dělení ADR řízení

Výše zmíněná charakteristika také slouží k dělení a jisté kategorizaci ADR procesů do čtyř základních skupin:¹⁹

a) Determinující ADR procesy (*Determinative ADR process*)

¹⁵ BARUCH BUSH, R.: *Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments*, in: Denver Law Review, Vol. 66 (1989), No. 3, s. 343.

¹⁶ Srovnej např. § 99 OSŘ: „(1) Připouští-li to povaha věci, mohou účastníci skončit řízení soudním smírem. Soud usiluje o smír mezi účastníky; při pokusu o smír předseda senátu zejména s účastníky probere věc, upozorní je na právní úpravu a na stanoviska Nejvyššího soudu a rozhodnutí uveřejněná ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek týkající se věci a podle okolností případu jim doporučí možnosti smírného vyřešení sporu. Je-li to s ohledem na povahu věci vhodné, upozorní předseda senátu účastníky rovněž na možnost využití mediace podle zákona o mediaci nebo sociálního poradenství podle zákona o sociálních službách.

(2) Soud rozhodne o tom, zda smír schvaluje; neschválí jej, je-li v rozporu s právními předpisy. V takovém případě soud po právní moci usnesení pokračuje v řízení.

(3) Schválený smír má účinky pravomocného rozsudku. Rozsudkem však může soud zrušit usnesení o schválení smíru, je-li smír podle hmotného práva neplatný. Návrh lze podat do tří let od právní moci usnesení o schválení smíru.“

¹⁷ Arbitráž proto také některými autory není považovaná za ADR už z toho důvodu, že je zejména v mezinárodním obchodně natolik etablovaná, že je jako alternativa vnímáno spíše soudní řízení. Obdobný názor zaujala také Evropská komise ve své *Zelené knize alternativního řešení sporů v občanských a obchodních věcech*, která označuje arbitráž za „quasi soudní řízení“. Srovnej COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, Brussels 2002, s. 6.

¹⁸ Srovnej BARUCH BUSH, op. cit., s. 343.

¹⁹ Profesorka N. Alexander ve své knize zmiňuje trichotomii ADR procesů v této podobě: *Determinative Processes, Advisory processes a Facilitative Processes*. Viz ALEXANDER, N.: *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2004, s. 9. Oproti jejímu názoru je však podle mínění autora vhodné doplnit ještě skupinu čtvrtou, která se projevuje kombinací výše zmíněných. Přitom tato kombinace není symbolizována pouze určitým nádechem několika kvalit, ale zcela rovnoměrně rozloženou charakteristikou, která zamezuje zařazení těchto ADR do jedné ze tří zmíněných kategorií, byť na okraj jejich spektra.

- b) Poradní ADR procesy (*Advisory ADR process*)
- c) Konsensuální ADR procesy (*Consensus ADR process*)
- d) Hybridní ADR procesy (*Hybrid ADR process*)

Jednotlivé kategorie se od sebe podstatně liší, a to zejména základními principy, kterými přispívají k vyřešení konfliktů.

1.2.1 Determinující ADR

Determinující ADR procesy jsou charakteristické účastí jednoho nebo více neutrálů, kteří spor stran posoudí a na základě určitých pravidel rozhodnou. Jejich rozhodnutí může, ale nemusí být závazné a může a také nemusí být založeno na objektivním právu. Nejznámějším determinujícím ADR řízením je jednoznačně arbitráž. Příkladem nezávazného procesu je kupříkladu mini-trial.

1.2.2 Poradní ADR

Poradní ADR procesy charakterizuje neformální rada či zhodnocení neutrála, které ovšem nerozhoduje merit věci. Právě jeho autorita jako znalce oboru či jen jeho postavení ve společnosti je to, co často přiměje strany, aby se doporučení buď řídily, nebo aby řešení tomuto názoru přizpůsobily. Do této kategorie spadá celá řada Preventivních ADR, jako jsou *Dispute boards* a další.

1.2.3 Konsensuální ADR

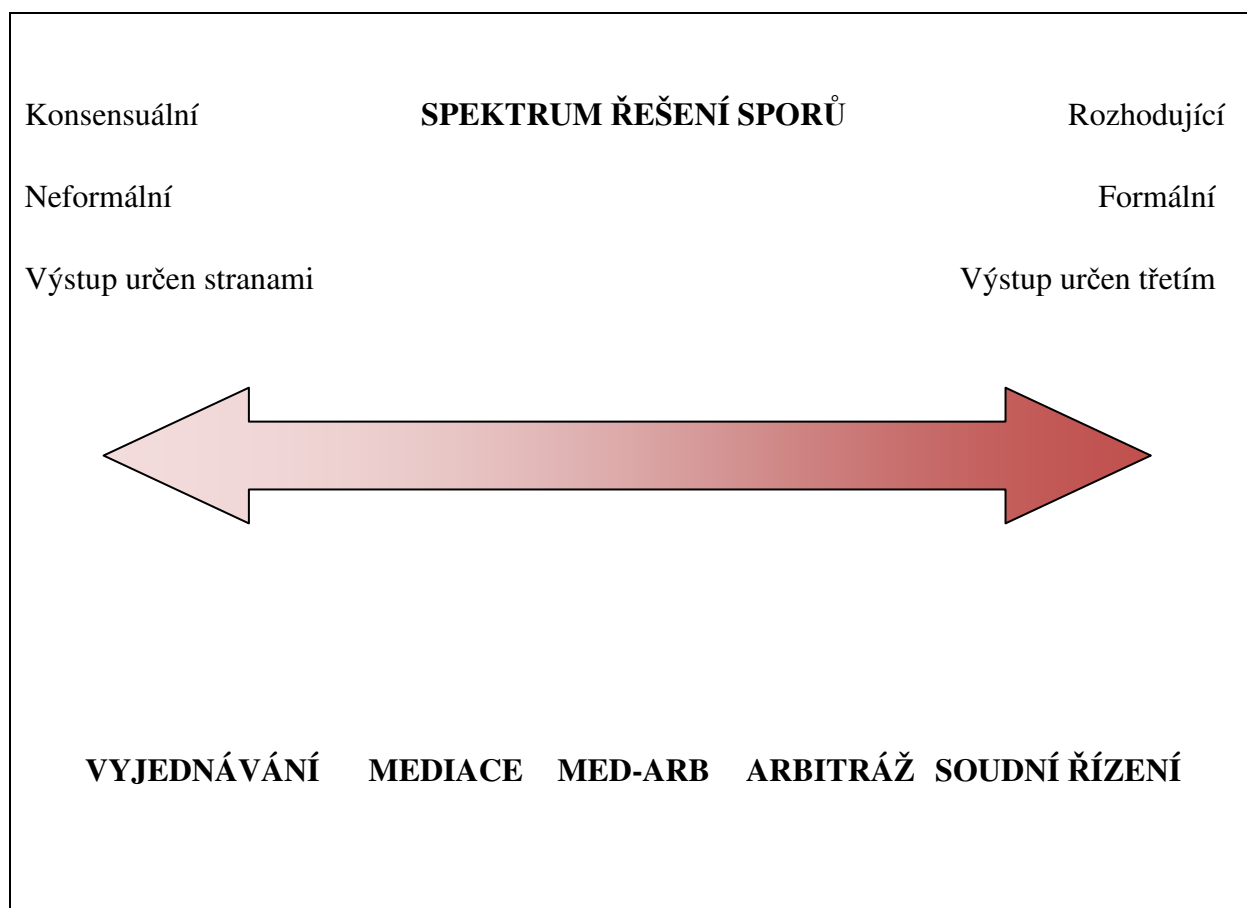
Konsensuální ADR nebo také facilitativní či usnadňující procesy jsou založené na konsensu a dohodě stran na určitém řešení. Takové řízení může být usnadňováno třetí osobou, ale také nemusí. Příkladem první skupiny je právě mediace, zatímco druhé vyjednávání.

1.2.4 Hybridní ADR

Hybridní ADR jsou kombinací několika ADR řízení pocházejících z jedné z předchozích tří kategorií. Příkladem může být třeba MED-ARB, který kombinuje prvky konsensuální a rozhodující, tedy prvky mediace a arbitráže.²⁰

ADR procesy však lze dále také třídit podle míry jejich formálnosti a dobrovolnosti, a to podle toho, kde se umístí na diagramu spektra řešení konfliktů:

²⁰ K řízení MED-ARB, jakož i k dalším hybridním ADR řízením viz část V. této práce.



Tabulka 1: Spektrum řešení konfliktů (Zdroj: autor)²¹

2. NA ROZCESTÍ - CO MEDIACÍ JE A CO MEDIACÍ NENÍ

Pokud se poměrně bezproblémově shodneme na tom, že mediace patří mezi ADR řízení, bude již výrazně těžší určit, co vlastně mediace vůbec je a co naopak není. Za tímto účelem bude potřeba pokusit se nalézt její přijatelnou definici (2.1) a vyrovnat se s určitým chaosem, který panuje v oblasti terminologie (2.2). Nakonec bude nutné jasně stanovit hranice mezi mediací a dalšími procesy, které se jí buď podobají, nebo se v interakci s ní vyskytují velmi často (2.3).

2.1 Hledání definice mediace

Definicí pojmu mediace bude asi tolik, kolik na toto téma vznikne monografií. Základní vymezení by mělo shrnout hlavní charakterové rysy mediačního řízení, mezi kterými by neměla chybět *dobrovolnost* a *konsensus*. Zdroj inspirace se nabízí dvojí: Jednak legální

²¹ Inspirací pro vytvoření tohoto diagramu posloužilo Spektrum řešení konfliktů Kanadské dopravní agentury (*Canadian Transportation Agency*) dostupný online na <http://www.otc-cta.gc.ca/eng/publication/resolution-disputes-through-mediation-a-resource-tool>, [citováno k 1. září 2013].

definice obsažena v textech zákonů (2.1.1), jednak vymezení uvedené autory odborných publikací (2.1.2).

2.1.1 Legální definice

Legální definice nabídnutá českým zákonem o mediaci praví, že mediace je „*postup při řešení konfliktu za účasti jednoho nebo více mediátorů, kteří podporují komunikaci mezi osobami na konfliktu zúčastněnými (...) tak, aby jim pomohli dosáhnout smírného řešení jejich konfliktu uzavřením mediační dohody*“.²²

Slovenský zákon o mediaci praví, že „*mediace je mimosoudní činnost, při které osoby zúčastněné na mediaci s pomocí mediátora řeší spor, který vznikl z jejich smluvního vztahu anebo z jiného právního vztahu*.“²³ Rakouský zákon o mediaci v civilních věcech²⁴ ve svém § 1 uvádí poměrně rozsáhlou a přitom úzkou definici: „*Mediace je činnost založená na dobrovolnosti stran, během níž odborně vzdělaný, neutrální zprostředkovatel (mediátor) pomocí uznaných metod usnadňuje komunikaci mezi stranami za tím účelem, aby jim umožnil řešení jejich konfliktu, za nějž budou samy zodpovědné*.“²⁵ Stručnější shrnutí nabízí německý mediační zákon: „*Mediace je důvěrný a strukturovaný proces, díky němuž se strany s pomocí jednoho nebo více mediátorů dobrovolně a na vlastní zodpovědnost snaží o urovnání svého sporu*.“²⁶

Poněkud širší definici nabízí americký UMA, který tvrdí, že mediace je „*proces, ve kterém mediátor usnadňuje komunikaci a vyjednávání mezi stranami, aby jim pomohl dosáhnout dobrovolnou dohodu ohledně jejich sporu*.“²⁷

Modelový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní konciliaci definuje konciliaci²⁸ velice široce a popisně jako „*proces, ať již označen jako konciliace, mediace či jiným podobným termínem, v rámci něhož strany požádají třetí osobu či osoby (...), aby jim pomáhala při*

²² Viz §2 (a) zákona o mediaci.

²³ Viz § 2 (1) zákona č. 420/2004 Z.z. z 25. června 2004 o mediácii a o doplnení niektorých zákonov.

²⁴ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG) StF: BGBl. I Nr. 29/2003.

²⁵ V originále: „*Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen*.“

²⁶ MediationsG § 1 (1): „*Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben*.“

²⁷ V originále: „*‘Mediation’ means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*.“ Viz Section 2, (1).

²⁸ Zde zaměnitelně za mediaci. O termínech konciliace a mediace podrobněji níže.

*jejich snaze dosáhnout přátelského vyřešení jejich sporu, který vzešel ze smluvního či jiného právního vztahu. Konkiliátor není oprávněn stranám vnutit řešení sporu.*²⁹

Evropská směrnice o mediaci³⁰ ve svém článku 3 odst. (a) vysvětluje, že „*‘Mediací‘ se rozumí formální řízení, jakkoli nazvané nebo uváděné, ve kterém dvě nebo více stran sporu samy dobrovolně usilují o dosažení dohody o vyřešení sporu za pomoci mediátora. Toto řízení mohou zahájit strany sporu nebo může být navrženo či nařízeno soudem nebo stanoveno právem členského státu. (...)*“³¹

Francouzský *Code de procédure civile* definuje mediaci ve svém článku 131-1 velmi technicky: „*Soudce příslušný k rozhodování sporu může po té, co obdrží souhlas všech stran, ustanovit třetí osobu, aby strany vyslyšela a porovnala jejich názory za účelem usnadnění nalezení řešení sporu, který mezi sebou mají.*“³²

2.1.2 Definice v odborné literatuře

Odborná literatura také nabízí zajímavou variaci definic. Kupříkladu N. Alexander uvádí, že mediací se rozumí „*asistované rozhodovací řízení, které typicky, avšak nikoliv výlučně, má formu facilitovaného vyjednávání či dialogu.*“³³ Jinde je nabízená definice o poznání stručnější: „*Mediace je vyjednávání prováděné za asistence třetí strany.*“³⁴

Velmi užitečným se svojí přesností jeví vymezení charakterizující mediaci jako „*nezávaznou intervenci nezávislého třetího, který sporným stranám pomáhá vyjednat dohodu.*“³⁵

Téměř všechny definice, ať již legálního či odborného původu, zmiňují následující vlastnosti:

a) hledání řešení sporu,

²⁹ V angličtině: „*a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (‘the conciliator’) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.*“ Srovnej Článek 1 (3) MLICC.

³⁰ Směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech.

³¹ Definice ještě dále vysvětluje, jaké řízení vedené soudcem mediací není: „*Řízení zahrnuje mediaci vedenou soudcem, který není příslušný pro žádné soudní řízení týkající se dotčeného sporu. Tento pojem nezahrnuje pokusy příslušného soudu nebo soudce urovnat spor v průběhu soudního řízení týkajícího se dotčeného sporu.*“

³² V originále: „*Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.*“

³³ ALEXANDER, op. cit., s. 15.

³⁴ GOLDBERG, S. B. – SANDER, F. E. A. – ROGERS, N., H. – COLE, S. R.: *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Wolters Kluwer: New York 2007, s. 107.

³⁵ V originále: „*The non-binding intervention by an impartial third party who helps the disputants negotiate an agreement.*“ Srovnej: BÜHRING-UHLE, CH. – KIRCHHOF, L. - SCHERER, M. (eds.): *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan Rijn: Kluwer Law International, 2006, s. 176.

- b) vyjednávání a konsensus,
- c) dobrovolnost výstupu,
- d) účast na stranách nezávislé třetí osoby mediátora

Prakticky všechny zmíněné definice se pak explicitně či alespoň implicitně vymezují vůči determinativním způsobům řešení sporů, jako je arbitráž či soudní řízení.

Ve světle uvedených informací je možné uvažovat nad vymezením úzkým a širším. V prvním případě lze říci, že mediace je řízení, během něhož neutrální třetí osoba, mediátor, pomáhá dvěma nebo více stranám dosáhnout smírného vyřešení jejich sporu. V širším slova smyslu je však mediace jakákoliv technika použitá specializovanou a kvalifikovanou osobou za účelem pomoci dvěma či více stranám zabránit vzniku konfliktu nebo již vzniklý konflikt smírně vyřešit.

2.2 Zmatení pojmů

Není bez zajímavosti, že dnes zcela běžně užívaný termín mediace nebyl a není vždy zcela jednoznačně přijímán³⁶ Původní české slovo³⁷ užívané v souvislosti s tímto postupem znělo *zprostředkování* a neutrální třetí byl v této terminologii nazýván *zprostředkovatel*.³⁸ V praxi se však již tento tvar prakticky nepoužívá.

Složitější je situace ve vztahu k dichotomii slov *mediace* a *konciliace*. Jejich vztah je totiž v odborné literatuře i praxi nevyřešen a může způsobit celou řadu problémů. Obecně lze shrnout, že existuje několik předvídaných modelů vztahů těchto dvou termínů. Podle jednoho se jedná o dva zcela odlišné modely (2.2.1), podle druhého je konciliace termínem mediaci nadřazeným (2.2.2) a konečně podle třetího se jedná o synonyma (2.2.3)

2.2.1 Mediace a konciliace jsou dva odlišné ADR

Kupříkladu ve Švýcarsku je pojem mediace vyhrazen pro řízení, jehož pojetí je více psychologické a ve kterém se mediátor vzdává jakéhokoliv navrhování řešení. Jeho role je spatřována spíše v usnadňování komunikace. Oproti tomu konciliace zde znamená řízení, v nichž je neutrální třetí direktivnější, navrhuje nezávazná řešení na základě právní úpravy a

³⁶ Obdobně se v němčině rozlišují termíny *Schlichter* (konciliátor) a *Mediator*. Srovnej ALEXANDER, s. 17.

³⁷ Zmatení však nepanuje pouze v češtině, ale také v dalších jazycích. Kupříkladu v italštině má slovo *mediazione* blíže k činnosti brokerů než mediátorů. S tím souvisí i problematika označení *mediatore*. To je také důvod, proč kupříkladu italská Camera Arbitrale se sídlem v Miláně užívá pro svou ADR sekci označení *Mediazione-Conciliazione*. Srovnej, [citováno k 14. září 2013]://www.camera-arbitrale.it.

³⁸ Kupříkladu ještě překlad *Evropského kodexu* užívá ve své oficiální verzi termínů *zprostředkovatel* a *zprostředkování*, neboť jeho plný název zní *Evropský kodex chování pro zprostředkovatele*. Viz např. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_cs.pdf, [citováno k 1. září 2013].

upozorňuje na možné prostory, kterými je možné vyjednávání nasměrovat.³⁹ V prostoru *mediačního metamodelu*, jenž je diskutován níže, by pak konciliace zaujala místo *mediace radou odborníka*.⁴⁰

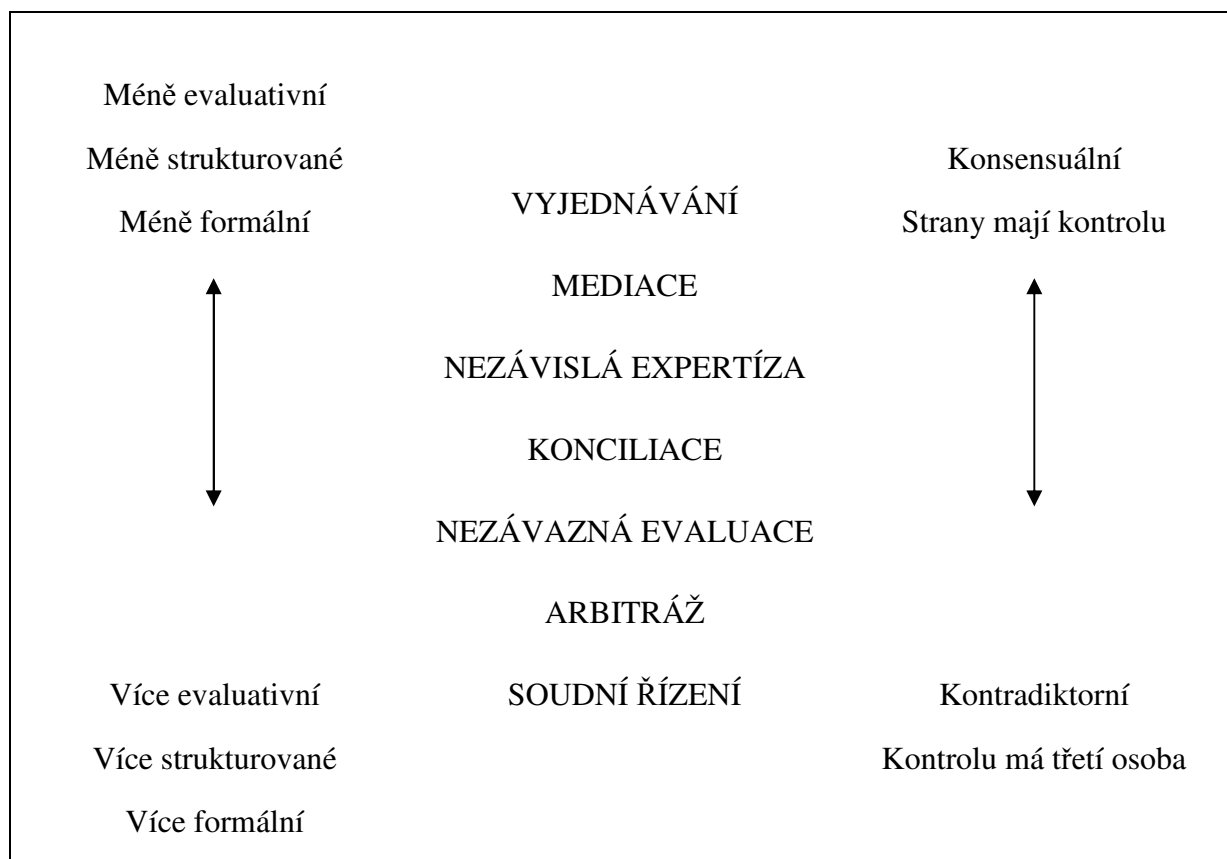
J. Lack uvádí relativně přesvědčivý argument. Mediaci a konciliaci je třeba odlišovat, neboť existují určité právní řády a vybrané mezinárodní nástroje, které mezi mediací a konciliací rozlišují.⁴¹ Kromě toho je o tomto přístupu přesvědčena celá řada odborníků, což může ilustrovat i užívaný diagram direktivnosti jednotlivých ADR, který popsali kupříkladu A. C. Salberg a B. Glasner:

³⁹ MCILWRATH, M. – SAVAGE, J.: *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010 s. 174. Obdobně viz GRAHAM, J. A.: *Issues for Mediation Clauses* in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 11.

⁴⁰ Srovnej kapitolu 3 této části.

⁴¹ LACK, J.: *Appropriate Dispute Resolution*, in INGEN-HOUSZ, A. (ed.): *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures Volume II.*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2011, s. 350.

Tabulka 2: Direktivnost jednotlivých ADR procesů⁴²



Na druhou stranu se objevují i autoři, kteří považují konciliaci za ADR, které naopak nesměřuje ani tak k vyřešení sporu, jako k redukci napětí mezi spornými stranami. Podle nich je pak konciliace využívána primárně v rodinných sporech.⁴³ Tento názor je však třeba považovat za minoritní.

2.2.2 *Konciliace je termín nadřazený mediaci.*

To, že by byla konciliace termínem nadřazeným více jiným ADR procesům včetně mediace, se odráží kupříkladu v *Modelovém zákoně UNCITRAL o mezinárodní obchodní konciliaci*. Pracovní skupina při jeho přípravě zvažovala několik variant, ale nakonec se rozhodla použít právě pojem konciliace, který by zahrnoval jak mediaci, tak i jiné nedeterminativní způsoby řešení sporu: „Pracovní skupina souhlasila s výrokem, že vzhledem k tomu, že lingvistické užívání není vyřešeno, bude v návrhu použit termínu ‚konciliace‘, aby byla vyjádřena šíře

⁴² Zdroj: SALBERG, A. C. – GLASNER, B. S.: *La médiation*, in MIRIMANOFF, J.A. – VIGNERON-MAGGIO-APPRILE, S.: *La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne: Lausanne 2008, s. 65.

⁴³ LOVENHEIM, P. – GUERIN, L.: *Mediate, Don't Litigate*, Nolo: Berkeley 2004, s. 20.

*pojmu pojímajícího různé typy procesů, v nichž vůči stranám nezávislá a nestranná osoba pomáhá vyřešit jejich spor.*⁴⁴

V této souvislosti již citovaný článek čl. 1 odst. 3 MLICC popisuje konciliaci jako „proces, at' již označen jako *conciliace*, *mediace* či jiným podobným termínem, (...)“⁴⁵ I tento přístup je však třeba chápat spíše jako minoritní.

2.2.3 Mediace a konciliace jsou synonyma

Tento patrně převládající názor⁴⁶ v podstatě vychází z pojetí, že *conciliace* je termín starší a že se dnes užívá spíše jako synonymum k označení *mediace*. Tomu by odpovídala i jazyková analýza v určitých právních řádech, jako kupříkladu v rámci pevninské Číny, kde se termín *tiaojie* používá zaměnitelně pro mediaci i konciliaci.

Pro potřeby této publikace budeme termíny *mediace* a *conciliace* používat v souladu s tímto přístupem jako synonyma popisující téže řízení, pokud nebude uvedeno jinak.

2.3 Hranice mezi mediací a jinými ADR

Hranice mezi mediací a jinými formami ADR včetně *mediace* není zcela markantní, respektive poměrně často se vyskytují situace, kdy je třeba stanovit, o který proces se jedná. K jisté komplikovanosti pak přispívá i nárůst tzv. *hybridních* ADR, které jsou zejména v poslední době stále oblíbenější.⁴⁷ V následujících řádcích se proto zaměříme na rozlišení *mediace* od tří procesů, které se s mediací nejčastěji setkávají: Půjde o vyjednávání (2.3.1), o smír v rámci soudního řízení (2.3.2) a o arbitráž (2.3.3).

2.3.1 Mediace a vyjednávání

Mediace a vyjednávání jsou bezpochyby velmi úzce provázané. Ostatně, jak bylo řečeno výše, *mediace* je někdy přímo definovaná jako *facilitované* či *moderované vyjednávání*. Hlavní rozdíl bude spočívat v tom, že v případě *mediace* se procesu účastní třetí strana – mediátor. Dalším faktem je rozdíl v konstrukci procesu. Zatímco *mediace* má zcela zřetelnou strukturu

⁴⁴ V originále: „The Working Group then agreed with the assessment that, in view of the fact that the linguistic usage was not settled, the term “conciliation” would be used in the draft to indicate a broad notion encompassing various types of procedures in which parties in dispute were assisted by independent and impartial persons to settle a dispute.“ Srovnej UNCITRAL: *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-third session* (Vienna, 20 November – 1 December 2000), Vienna 2000, online text dostupný na <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/604/07/PDF/V0060407.pdf?OpenElement>, s. 28, para. 109, [citováno k 1. září 2013].

⁴⁵ V angličtině: „a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import“.

⁴⁶ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 17.

⁴⁷ Srovnej V. část této práce.

včetně různých fází jednání, vyjednávání je zcela neformální a zpravidla nestrukturalizované. V některých právních řádech je pak mediační doložka vynutitelná, což neplatí o doložce o vyjednávání. Jinými slovy, mediaci lze v některých případech přikázat, ale vyjednávání nikoliv.

2.3.2 *Mediace a soudní smír*

Je poměrně časté, že mezi povinnosti soudce patří pokusit se přivést strany, pokud je to vhodné, k uzavření smíru. Nejinak je tomu v případě českého práva, kde najdeme konkrétní úpravu v § 99 OSŘ: „*Soud usiluje o smír mezi účastníky; (...)*“ Toto ustanovení dále dodává, že „*připouští-li to povaha věci, mohou účastníci skončit řízení soudním smírem.*“ Stejný paragraf pak také naznačuje základní procesní postup, když demonstrativně uvádí, aby předseda senátu s účastníky řízení věc probral, upozornil je „*na právní úpravu a na stanoviska Nejvyššího soudu a rozhodnutí uveřejněná ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek týkající se věci*“ a aby jim případně doporučil možnost smírného vyřešení sporu, eventuálně je přímo upozorní na možnost využití mediací.⁴⁸

Přes zdánlivou podobnost se obě řízení v několika klíčových bodech zásadně odlišují. Zejména půjde o osobu na sporu nezúčastněného třetího. Zatímco mediátor se sporem vskutku jinak nemá nic společného, soudce, který smír provádí, případně ve sporu rozhodne, pokud se strany na smíru nedohodnou. Kontext soudního řízení je zde tedy velmi silný a neodmyslitelný. Koneckonců i to je důvod, proč záměna s mediací vskutku v praxi nehrozí.

Problematická by mohla být právní úprava, která by předpokládala, že mediaci bude provádět soudce, který jinak není ve sporu příslušný pro rozhodnutí ve věci a který tak v případě neúspěchu mediací nebude v řízení pokračovat.⁴⁹ Rozdíl mezi těmito možnostmi dobře shrnuje i Evropská směrnice o mediaci ve svém článku 3 (a) allinea 2: „*Řízení zahrnuje mediaci vedenou soudcem, který není příslušný pro žádné ze soudních řízení týkajících se dotčeného sporu. Tento pojem nezahrnuje pokusy příslušného soudu nebo soudce urovnat spor v průběhu soudního řízení týkajícího se dotčeného sporu.*“

Mediace má oproti soudnímu smíru základní výhodu – je levnější a současně je prováděna profesionálem. Činnost soudu v tomto odvětví je samozřejmě chvályhodná, avšak mnohdy

⁴⁸ Srovnej § 99 (1) OSŘ.

⁴⁹ Čistě v teoretické rovině by bylo možné takto uvažovat na d ustanovením § 67 odst. 1 věta 2. OSŘ: „*Jestliže by věcně příslušný byl krajský soud, může provést smírčí řízení a schválení smíru i kterýkoli okresní soud.*“ V takovém případě by smírčí řízení skutečně prováděl soud, který by se sporem jinak neměl nic společného.

vykazuje znaky aktivismu, nadměrných intervencí a přehnaného právního dogmatismu.⁵⁰ Navíc nikdy nelze zcela vyloučit určitý vliv, který by okolnosti smířčího jednání mohly způsobit, na nestrannost soudce či alespoň na vysoký standard, jaký je od něj v tomto směru vyžadován.⁵¹

2.3.4 *Mediace a arbitráž*

Mediace a arbitráž jsou bezesporu dva nejčastěji užívané mimosoudní způsoby řešení sporů. Rozdíl⁵² mezi nimi je na první pohled zcela zřejmý:⁵³ Zatímco mediace je založena na konsensu stran, arbitráž na direktivním posouzení sporu rozhodcem. Zatímco rozhodčí nález je konečný a závazný, mediační dohoda není ničím jiným než dohodou se všemi výhodami i nevýhodami, které to pro stranu může mít.

Šedá místa a problematické okamžiky však mohou nastat ve chvíli, kdy jsou oba prvky různě kombinované. V takovém případě se pak rozdíl do značné míry stírají. Problém mohou dále způsobit tzv. *patologické klauzule*, což jsou ustanovení smluv, které z nejrůznějších důvodů chybně referují k rozhodčímu řízení, což způsobuje velké komplikace a nezřídka i ohrožení celého procesu řešení sporů.⁵⁴

Jakkoliv je však doložka zamotaná, v doktríně se vytvořil převládající názor, jenž tvrdí, že označení daného řízení slovem arbitráž či rozhodčí řízení, zpravidla (avšak nikoliv vždy) postačí.⁵⁵

I tak se však výjimky naleznou, jako tomu bylo kupříkladu v případě sporu stavební společnosti *High Valley Homes, Inc.* proti manželům *Fudgeovým*⁵⁶ před texaským odvolacím soudem. Ačkoliv strany použily ve smlouvě slovo *mediace*, evidentním cílem stran bylo být výstupem z řízení vázán:

⁵⁰ Pro kritiku srovnej GALANTER, M. - CAHILL, M.: „*Most Cases Settle*”: *Judicial Promotion and Regulation of Settlements in Stanford Law Review*, Vol. 46 (1994), No. 6, ss. 1339-1391.

⁵¹ Srovnej: RESNIK, J.: *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, Vol. 96 (1982), s. 433n.

⁵² Přes zřetelný rozdíl mezi mediací a arbitráží mají některé soudy tendenci obě řízení srovnávat. Tak kupříkladu v případě *Coburn v. Grabowski* soud pravil: „Ačkoliv je mediace procesem, který se liší od rozhodčího řízení, jsou to oba způsoby používané pro řešení sporů, a proto tento soud považuje za vhodné analyzovat a aplikovat relevantní rozsudky týkající se rozhodčího řízení.“ V originále: „Although the mediation process differs from the arbitration process, they are both accepted methods utilized for dispute resolution, and therefore this court finds it appropriate to analyze and apply the relevant arbitration case law.“ Srovnej rozsudek ve věci *Coburn v. Grabowski*, 1997 WL 309572 (Conn. Super. 1997).

⁵³ Viz BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*: 1. vydání. 2 svazky. Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2009, s. 235.

⁵⁴ Patologické klauzule mohou být často i vzorové klauzule jednotlivých ADR institucí, do kterých ale bylo nevhodně zasaženo smluvními stranami. Druhou skupinu pak tvoří doložky zcela vymyšlené navrhovateli smluv.

⁵⁵ BORN, op. cit., s. 237.

⁵⁶ *High Valley Homes, Inc. v Fudge*, 2003 Tex. App. LEXIS 3273 (Tex. App. 2003).

„Jakékoliv spory, které vzejdou z Projektu a z této Smlouvy, budou vyřešeny prostřednictvím mandatorní, závazné mediace v souladu s pravidly Americké Mediační Asociace, které budou v platnosti v době, kdy bude vznesena žádost o mediaci. Mediátor bude oprávněn rozhodnout spor a vydat závazný rozhodčí nález, i kdyby jedna ze stran odřekla, zanedbávala či odmítla svoji účast na mediaci. Mediátor bude oprávněn přiznat náhradu rozumných nákladů na právní zastoupení.“⁵⁷ Po té, co soud tuto doložku přezkoumal, rozhodl, že dotčené řízení je ve skutečnosti arbitráží a nikoliv mediací.

Také v jiných jurisdikcích, jakými jsou Velká Británie, Hongkong či Německo, je požadavkem pro rozhodčí řízení závaznost jeho výstupu.⁵⁸ Tak kupříkladu v německém rozsudku Vrchního zemského soudu v Naumburgu zaznělo, že „není rozhodčí doložkou dohoda stran o tom, že v případě rozporů vzešlých z hlavní smlouvy o provedení prací se strany nejprve pokusí tyto rozhodnout s pomocí usmiřovatele, a teprve pokud to nebude možné nebo pokud se rozhodčí doložka prokáže být neúčinnou, rozhodne příslušný zemský soud.“⁵⁹

V případě *Champagne v Victory Homes, Inc.*⁶⁰ soud v americkém Maine v podstatě srovnal rozdíl mezi nezávaznou arbitráží a mediací. Obdobně v případě *AIG Europe SA v QBE Int'l Ins. Ltd*⁶¹ vyložil soud z důvodu jejího obsahu klauzuli označenou „rozhodčí řízení“ nikoliv jako rozhodčí doložku, ale jako konciliační dohodu.

Lze tedy shrnout, že rozdíl mezi rozhodčím řízením a mediací bude ležet především v základních zásadách popsaného řízení: Bude-li výstup nezávazný a založený na konsensu, půjde navzdory označení konkrétního řízení o mediaci. Naopak, půjde-li o výstup závazný a direktivně určený nezávislým třetím, bude se jednat o rozhodčí řízení.

⁵⁷ V originále: „All controversies arising out of this Project and this Agreement shall be resolved through mandatory, binding mediation, which shall be in accordance with the rules of the American Mediation Association existing at the time the request for mediation is filed. The mediator shall be empowered to decide the controversy and issue a binding award, even if one or more parties declines, neglects or refuses to participate in the mediation. The mediator shall have the authority to award reasonable attorneys fees.“ Viz ibid, s. 9.

⁵⁸ Srovnej BORN, op. cit., s. 239.

⁵⁹ V originále: „Eine Vereinbarung der Parteien, daß sie bei Streitigkeiten betr. die lt. Hauptvertrag zu leistenden Arbeiten zunächst versuchen, diese mit Hilfe von Schlichtern zu entscheiden, und - falls das sich als unmöglich oder der Schiedsvertrag sich als unwirksam erweisen sollte - das zuständige Landgericht entscheiden soll, ist keine wirksame Schiedsabrede.“ OLG Naumburg Beschl.v. 20. května 2005 - 10 Sch 01/05.

⁶⁰ Jazyk smlouvy je v takovém případě dvojznačný, „pokud je možné mít oprávněně dojem, že je možných více interpretací.“ *Champagne v Victory Homes, Inc.*, 897 A.2d 803, 805 (Maine 2006).

⁶¹ Srovnej *AIG Europe SA v QBE Int'l Ins. Ltd* [2001] 2 Lloyd's Rep. 268 (Q.B.) Velká Británie, Anglie.

3. MEDIACE A JEJÍ MODELÝ

Mediace je praktikována v mnoha kulturních a sociologických kontextech. Zvláštní požadavky různých sporů si vyžadují jiná řešení a obdobné následky mají i specifické přístupy různých mediátorů. To vede k tomu, že určité postupy lze zevšeobecnit a zařadit pod širší schéma tzv. mediačních modelů.⁶²

Jakkoliv je konstrukce modelů teoretická, její využití v praxi je možné, ba dokonce žádoucí. Pro mediátory znamenají modely rámec jejich činnosti, který současně představuje vhodnou zpětnou vazbu. Pro právní zástupce a sporné strany zase možnost zařazení činnosti jednotlivých mediátorů a usnadnění výběru vhodného mediátora pro jejich spor. Hranice modelů jsou však velmi jemné a často se prolínají. Aplikace teorie mediačních modelů by tedy rozhodně neměla překročit hranici jejich pomocného charakteru.

Počet definovaných modelů se navíc od různých autorů různě liší. Nejprve se proto stručně seznámíme s tradičně užívaným dělením (3.1), které ovšem naráží na celou řadu limitů, a následně se zaměříme na tzv. mediační metamodel (3.2), který podle mínění autora lépe odpovídá realitě.

3.1 Tradičně užívaný model

Asi nejznámější dělení mediace podle modelů publikoval L. Riskin, když užil matici dvou proměnných – jednak aktivitu mediátora a jednak šíři problému. Na základě toho rozdělil mediaci na *evaluativní* (aktivní mediátor) a *facilitativní* (pasivní mediátor), respektive na mediaci *úzce vymezenou* (úzce vymezený problém) a na *široce vymezenou* (široce vymezený problém). Na tomto základě pak rozdělil mediační styly na čtyři druhy – *evaluativní úzkou*, *evaluativní širokou*, *facilitativní úzkou* a *facilitativní širokou*.⁶³

Problematiku tohoto přístupu je možné vidět v užití slova *evaluativní*. Mediace totiž z principu *evaluativní*⁶⁴ být nemůže, a to ani v nejkrajnějších svých formách, neboť by se v takovém případě jednalo o *adjudikaci*, jakožto o zcela odlišný druh ADR.⁶⁵

⁶² ALEXANDER, N.: *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*, in *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 26 (2008), No. 1, s. 97.

⁶³ Srovnej RISKIN, L.: *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*. (1. září 1994). *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol. 12, s. 111.

⁶⁴ Synonymem adjektiva *evaluativní* je *hodnotící*. Srovnej PRESS, S.: *International trends in dispute resolution a US perspective*, in *ADR Bulletin*: Vol. 3 (2000), No. 2, s. 23.

⁶⁵ Srovnej WILLIAMS, M. L. – LEVIN, A.: *ADR Notes – Adjudication*, online text dostupný na <http://hsf-adrnotes.com/>, [citováno k 1. srpnu 2013].

Později tak L. Riskin svůj koncept aktualizoval, když nahradil dělení evaluativní a facilitativní dělením podle linie direktivní - elektivní.⁶⁶ V českém prostředí tradovaná trichotomie facilitativní, evaluativní a transformativní mediace⁶⁷ má svůj původ právě v Riskinově teorii. Slabinou tohoto pojetí však je, že hranice těchto kategorií zpravidla nejsou dostatečně jasně definované a navíc neobsáhnou všechny jemné podoby, jichž může mediace nabýt. Přitom je na jejich dodržování kladen poměrně velký význam.⁶⁸

3.2 Teorie mediačního metamodelu

Teorie mediačního metamodelu profesorky N. Alexander na tuto kritiku odpovídá zevrubně odůvodněným dělením. Současně autorka nepredikuje absolutnost a neměnnost vymezených kategorií. Oproti ostatním přístupům se navíc soustřeďuje také na cíle mediace, které se mohou u jednotlivých procesů, jakož i mediátorů měnit. Proměnlivost a variaci očekávání lze navíc nalézt i u stran – někdo přichází s předpokladem, že mediátor bude nabízet nápady na řešení sporu, jiný bude vidět v mediaci fórum, kde může být slyšen jeho názor, a další od ní bude požadovat *spravedlnost*.⁶⁹

První a základní odlišností *teorie metamodelu* je, že předpokládá existenci určitých shodných rysů u všech mediačních typů, tj. jakési jejich pojítka a současně jednotící prvek, který vykazují všechny modely. Tento pak nazývá právě *metamodelem* mediace. Samotné modely pak vymezuje na základě dvou proměnných – míry interakce a míry intervence, což shrnuje následující tabulka:

⁶⁶ Srovnej RISKIN, L.: *Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System* in Notre Dame Law Review, Vol. 79 (2003), No. 1, 1–53.

⁶⁷ HOLÁ, L.: *Mediace v teorii a praxi*, Grada Publishing: Praha 2011.

⁶⁸ Zde se nabízí otázka, zdali je vůbec vhodné některý model preferovat či se vůči jiným vymezovat, tak jak to činí současná praxe zkoušek zapsaného mediátora.

⁶⁹ ALEXANDER, op. cit. sub. 61, s. 105.

Dimenze intervence		Poziční⁷⁰ vyjednávání	Zájmové vyjednávání	Dialog
	Proces	Smírčí mediaci	Facilitativní mediace	Transformativní mediace
	Problém	Mediace odbornou radou	Mediace moudrou radou	Tradičně založená mediace

Dimenze interakce

Tabulka 3: Mediační metamodel podle Alexander (2008)⁷¹

Zatímco horizontální dimenze reprezentuje škálu interakce od pozičního vyjednávání přes vyjednávání zájmové až po dialog, vertikální rovina představuje míru intervence neutrála, která je buď primárně procesně orientovaná, nebo primárně orientovaná na problém.

Kombinace těchto charakteristik pak umožňuje definovat následujících šest modelů⁷² mediaci:

- a) Mediaci odbornou radou (*Expert advisory mediation*)
- b) Smírčí mediaci (*Settlement mediation*)
- c) Facilitativní mediaci (*Facilitative mediation*)
- d) Mediaci moudrou radou (*Wise counsel mediation*)
- e) Tradičně založená mediaci (*Tradition-based mediation*)
- f) Transformativní mediaci (*Transformative mediation*)

3.2.1 Mediaci radou odborníka

Mediaci radou odborníka předpokládá vysokou míru intervence neutrálního mediátora, který je ovšem současně odborníkem v dané oblasti. Současně je tento model realizován primárně prostřednictvím pozičního vyjednávání. Hlavním cílem řízení je dosažení urovnání sporu. To

⁷⁰ Rozdíl mezi *pozicemi* a *skutečnými zájmy* shrnují profesori Fisher a Ury ve svém dílku *Jak dosáhnout souhlasu* (v originále *Getting to Yes*). Podle této teorie mají lidé všeobecně tendenci zaujmout při vyjednávání pozici, kterou demonstrují vůči třetím osobám. Determinace zaujaté pozice je ovlivněna mnoha faktory – veřejné mínění, subjektivní náhled na věc, osoba protistrany a další. Tento postoj však ve skutečnosti nereprezentuje skutečný zájem strany, ačkoli by jeho splnění mohlo, ale někdy nemuselo tento zájem naplnit. Skutečný zájem tak zůstává z mnoha důvodů skryt. K jeho splnění by však mohla vést i jiná cesta než přes pozice a mnohdy je tato cesta ještě efektivnější. K udržení pozic však strany vede hned několik faktorů – neuvědomění si vlastních zájmů, ostych, strach z projevení slabosti či jen prostá snaha o zachování tváře. Srovnej FISHER, R. – URY, W.: *Getting to YES: Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books, 1992, s. 7n.

⁷¹ Viz ALEXANDER, op. cit. sub. 61.

⁷² Viz FISHER – URY, op. cit., s. 7n.

také ospravedlňuje užití pozičního vyjednávání, které je podpořeno právní a technickou argumentací.

Mediátoři se v těchto případech rekrutují zpravidla z řad zkušených právníků či odborných znalců, kteří jsou vybráni na základě svých znalostí a zkušeností. Strany jsou pak zpravidla zastoupeny právními zástupci. Výstupem se svým způsobem podobá tomu, co by jinak patrně nařídil soud.⁷³

Tento mediační model je vhodný zejména v případech, kdy si strany žádají rychlé řešení a kdy nejsou příliš dobře obeznámeny s fakty a právním pozadím případu, nebo kdy mají dokonce zcela nerealistický názor na právní stav věci, čemuž odpovídá hlavní výhoda tohoto typu. Naopak jeho nevýhodou je, že řešení, které bude jejím výstupem, nebude pravděpodobně trvale řešit vztahy mezi spornými stranami.⁷⁴ Navíc lze předpokládat, že vzhledem k aktivitě mediátora bude průběh mediace komplikován neochotou stran sdělovat všechny informace potřebné pro vyřešení problému, neboť se mohou obávat, že by je některé z nich mohly v očích mediátora negativně ovlivnit.⁷⁵

3.2.2 *Smírčí mediace*

Smírčí mediace získala své označení od smíru, tj. pokusu o mimosoudní vyrovnání dvou stran. V rámci dimenze interakce se také primárně nachází na pozičním vyjednávání. Hlavním rozdílem oproti mediaci odbornou radou je nižší míra intervence mediátora směrem k problému a větší orientace na procesní stránku věci. Jinými slovy, mediátor spíše organizuje samotnou mediaci, než že by se aktivně podílel na řešení sporu.

Jak již bylo řečeno, i zde však převládá poziční vyjednávání, ačkoliv je jinak stranám dopřána větší míra autonomie, pokud jde o řešení konfliktu. Úkolem mediátora je primárně připravit prostředí pro vyjednávání, přičemž se tím nerozumí toliko místo mediace, ale prostředí jako element všech prvků komunikace, včetně dodržování stanovených pravidel, organizace procesu apod. Mediátoři praktikující smírčím mediaci mají tendenci brzy po zahájení strany oddělit a provádět oddělená jednání neboli casus. Mezi stranami pak pendlují a

⁷³ Ibid s. 108.

⁷⁴ GUERRA, N. S. – ELLIOTT, G. M: *Cognitive Roles in the Mediation Process: Development of the Mediation Inventory for Cognitive Roles Assessment*, in *Mediation Quarterly*, Vol. 14 (1996), No. 2, s. 135.

⁷⁵ BROWN, C.: *Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains Its Appeal*, online text dostupný na <http://www.mediate.com/>, [citováno k 1. září 2013].

zprostředkovávají jim dohodu. Tento způsob mediace se proto někdy označuje jako tzv. *shuttle mediation*, neboli *kyvadlová mediace*.⁷⁶

Takový druh mediace lze doporučit v případech, kdy jsou strany reprezentovány pouze svými právními zástupci bez znalostí ekonomických a sociálních aspektů sporu, nebo pokud je spor reprezentován toliko jedním tématem.⁷⁷ I zde lze spatřovat hlavní výhodu v rychlosti procesu. Nevýhoda je naopak spatřována v absenci kreativity takového přístupu, což může způsobit problémy s překonáváním konkrétních *sporných bodů*.⁷⁸

3.2.3 *Facilitativní mediace*

Facilitativní mediace kombinuje integrační přístup zájmového vyjednávání s orientací mediátora na proces. I on odpovídá primárně za vytvoření mediačního prostředí a za pomoc stranám při absolvování procesu. Facilitativní mediátor se tak zpravidla zdržuje zasahování do řešení problému,⁷⁹ s čímž také souvisí neochota oddělovat strany do separátních jednání. Mediátoři jsou v těchto případech většinou vybíráni podle svých komunikačních schopností a není od nich, leckdy ke škodě věci, požadován náhled na právní či technickou stránku věci.

Účastníci mediace jsou podporováni v odhalování svých zájmů a v nahlížení na spor pohledem druhé strany. Pokud jsou přítomní právní zástupci stran, jejich funkce je spíše konzultativní než advokátní.⁸⁰

Tento model mediace je vhodný zejména tehdy, pokud strany chtějí po skončení sporu nadále pokračovat ve svých obchodních, rodinných či jiných vztazích a dále v případě, že spor obsahuje větší množství témat ať již právního či neprávního charakteru.⁸¹

Facilitativní mediace naopak není vhodná v případech, kdy strany nemají rovné nebo alespoň přibližně rovné vyjednávací schopnosti. Takovou nerovnost může způsobit nejenom absence

⁷⁶ Mediace, při které se strany vůbec nesejdou, či jen na velmi krátkou a nezbytnou dobu. Mediátor mezi nimi zprostředkovává komunikaci. Buď se může pohybovat mezi stranami ve dvou mediačních místnostech ve stejnou dobu, nebo se s nimi může setkávat na různých místech v různý čas. Důvodem může být příliš vyhrocený spor, který stranám znemožňuje přímou komunikaci, nebo časová a geografická nemožnost setkání. Viz NADRAC, s. 10.

⁷⁷ ALEXANDER, op. cit. sub. 61 s. 110.

⁷⁸ BROWN, op. cit., s. 4.

⁷⁹ ALEXANDER, op. cit. sub. 61, s. 111.

⁸⁰ Viz ibid.

⁸¹ Srovnej velice zajímavou studii R. Whitinga pojednávající o různých mírách úspěšnosti mediace v případech, kdy je spor tvořen pouze jedním tématem a kdy je témat sporu více. Poněkud překvapivě autor na základě kvantitativního průzkumu 111 případů zjistil, že v případě sporů s více tématy (*multiple-issue cases*) byla mediace neúspěšná pouze v 15,63 % případů, zatímco v případě sporů s jedním tématem (*single-issue cases*) byla neúspěšnost 31,25 % případů. Za neúspěch je přitom považována absence výstupu v podobě písemné dohody. Podrobněji viz WHITING, R.: *The Single-Issue, Multiple-Issue Debate and the Effect of Issue Number on Mediated Outcomes*, in *Mediation Quarterly*, Vol. 10 (1992), No. 1, 57–74.

čistých vyjednávacích schopností u jedné strany, ale také objektivní znevýhodnění jako jazyková či kulturní bariéra.⁸² Nevýhodou facilitativní mediace je také riziko prozrazení důvěrných informací, které by v případě selhání mediačního řízení mohly být použity proti druhé straně v dalších fázích řešení sporu. Poslední nevýhodou tohoto modelu jsou oproti dvěma předchozím větší požadavky na čas.⁸³

3.2.4 Mediace moudrou radou

Mediace moudrou radou kombinuje na problém orientovaný přístup mediátora a integrační zájmové vyjednávání. Její primárním účelem je zajištění přístupu ke spravedlnosti ve formě nestranného fóra umožňujícího diskutovat o problému. Oproti mediaci odbornou radou vyžaduje tento model více času už z toho důvodu, že mediátor musí problému hlouběji porozumět a odhalit skryté zájmy stran.⁸⁴ Ve srovnání s facilitativní mediací je mediátor mnohem aktivnější při hledání řešení sporu.

S tím souvisí i výběr mediátora, kterým se zpravidla stává někdo vybavený zvláště obdivovanými vlastnostmi – citem pro spravedlnost, nestrannost, morální charakter či moudrost, nebo pro jeho příslušnost k určité komunitě a jeho postavení v jejím rámci.

Tento model je vhodný ve složitých případech se spory čítajícími mnoho témat, nebo pokud se strany z nejrůznějších důvodů zdráhají zahájit mediaci či navrhopat sporná témata k diskuzi a dále tehdy, pokud strany chtějí přenést morální odpovědnost za výstup na neutrální třetí osobu. Pro tento model je přímo kriticky žádoucí, aby si strany byly ve svých vyjednávacích kvalitách rovné.⁸⁵ V opačném případě by hrozila diskriminace.

Kritika tohoto přístupu se zaměřuje na absenci odpovědnosti stran za dohodu, kterou nemusejí umět naplňovat po té, co mediace a s ní i působení neutrála skončí. Současně je zde více ohrožena neutralita mediátora, který je v kontextu a struktuře sporu příliš zaujat.⁸⁶

3.2.5 Tradičně založená mediace

Tradičně založená mediace (*tradition-based mediation*) je nejstarší formou mediace, jejíž kořeny mohou být vysledovány po tisíce let zpět. Jejím hlavním cílem je rekonstrukce smíru, vztahů a kooperace v rámci určité komunity. V této souvislosti je používán termín

⁸² Srovnej kupříkladu CUMMING, J.: *Literacy demands of mediation: issues of fairness for low literacy Australians*, in ADR Bulletin, Vol. 2 (2000), No. 10.

⁸³ ALEXANDER, op. cit. sub. 61, s. 112.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Kupříkladu jedna z nich je zastoupena právním zástupcem a druhá nikoliv. Srovnej ibid, s. 113.

⁸⁶ Ibid.

regenerační spravedlnost.⁸⁷ Oproti ostatním modelům je zde patrná orientace na zájmy komunity a jejich patrná konfrontace se zájmy stran na strany, která je typická pro mediaci moudrou radou. Není tudíž vzácné, pokud je taková mediaci prováděna před členy samotné komunity.⁸⁸ Její proces se podobá dialogu a výstup je mnohem otevřenější než u jiných typů spravedlnosti.⁸⁹

S řečeným také souvisí, že je tradičně založená mediaci doporučovaná pro použití v komunitách se silnými sociálními vztahy a v případech, kdy jsou mimoprávní normy pro konflikt významnější než normy právní.⁹⁰ Riziko představuje skutečnost, že tradičně smýšlející mediátor může znevýhodnit skupiny, které jsou z hlediska skupiny minoritou,⁹¹ současně může taková forma mediaci přispívat k upevňování zažitých stereotypů a v neposlední řadě zde značně zanedbávána autonomie vůle jednotlivce.

3.2.6 Transformativní mediaci

Také transformativní mediaci (*transformative mediation*) se řadí mezi tzv. regenerační spravedlnost, jejímž hlavním cílem je náprava vztahů. Z tohoto důvodu je u transformativních mediátorů kladen důraz na jejich psychologické a komunikační schopnosti. Jejich cílem je pak vytvoření prostředí, které stranám umožní vést dialog vedoucí k nápravě a rekonstrukci jejich vztahů. Někdy se transformativní mediaci dále dělí na *terapeutickou mediaci* (*therapeutic mediation*), která je velmi rigidní ve svém procesu snažícím se přimět strany ke konstruktivnímu dialogu, a na *narativní mediaci* (*narrative mediation*), jež je založená na řešení konfliktu prostřednictvím vyprávění příběhu.⁹²

Transformativní mediaci je vhodná v případech, kdy jsou strany účastny na vleklém konfliktu zatěžujícím jejich dlouhodobé a složité vztahy, nebo pokud se spor týká základních hodnot a principů. Na druhou stranu je transformativní mediaci velmi časově náročná a znevýhodňuje slabší stranu konfliktu. Špatně vedená transformativní mediaci navíc může spor učinit ještě složitějším a může tak zabránit jeho úspěšnému vyřešení.

⁸⁷ Anglicky *restorative justice*. Srovnej *ibid*.

⁸⁸ SHAMIR, Y.: *Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application*, online text dostupný na http://webworld.unesco.org/water/wwap/pccp/pubs/summaries/ds_dispute.shtml, [citováno k 1. září 2013].

⁸⁹ *Ibid*.

⁹⁰ *Ibid*, s. 115.

⁹¹ Typicky by se mohlo jednat o ženy či kupříkladu homosexuály. Jiné formy mediaci naopak mohou takovou nerovnost vyrovnat. Srovnej CORRIN CARE, J.: *Negotiating the Constitutional Conundrum: Balancing Cultural Identity with Principles of Gender Equality in Post-Colonial South Pacific Societies*, in *Indigenous Law Journal*, Vol. 2006, No. 5, s. 80.

⁹² HANSEN, T.: *The Narrative Approach to Mediation*, 2003, online text dostupný na <http://www.mediate.com/articles/hansent.cfm>, [citováno k 1. říjnu 2013].

3.3 Modely mediace vhodné pro obchodní spory

Je zřejmé, že vzhledem k charakteru obchodních sporů, který se projevuje komplexní právní a technickou strukturou a ekonomickou provázaností, pro ně budou nejvhodnější první tři zmíněné modely, tj. mediace odbornou radou, smírčí mediace a facilitativní mediace. Ostatní modely doporučit zpravidla nelze. Na druhou stranu, lze si představit výjimečné situace rodinné obchodní společnosti, ve kterých i obchodní spor bude možné řešit kupříkladu transformativní mediací. Nelze však vyloučit ani možnosti tradičně založené mediace, respektive jejím prvkům, a to zejména v případě sporů mezi stranami patřícími mezi odlišné kultury.⁹³ Takové případy však budou jednoznačně minoritní.

Nakonec je třeba připomenout to, co již bylo zmíněno výše – rozdělení do modelů je spíše ilustrativní a pomocné a nelze jeho význam v praxi přeceňovat. Každý mediátor se při své činnosti pohybuje na pomezí mezi několika styly a modely a aplikuje je podle potřeby konkrétního sporu, ba dokonce podle konkrétní mediace.

4. MEDIACE V INTERAKCI S PRÁVEM

Ačkoliv je mediace mimosoudním způsobem řešení sporu, nelze hovořit o tom, že by fungovala v právním vakuu a že by nebyla předmětem právních norem a jejich regulace. Na druhou stranu nelze opominout její méně formální charakter, který je v komparaci se soudním jednáním, ale i s arbitráží výrazný.

Tato elasticita procesu a neformálnost je charakteristická právě minimalistickou právní úpravou, kterou ve většině případů státy zvolí, rozhodnou-li se mediaci vůbec regulovat. Právě možnosti regulace a varianta zvolená českým zákonodárcem je předmětem zkoumání této kapitoly (4.1). Český zákon o mediaci však není jediným pramenem práva mediace. Proto se následně zaměříme na právo evropské (4.2) a mezinárodní (4.3).

4.1 Teoretické pojetí regulace mediace

Regulace mediace je v 21. století prakticky nezbytná. Jednak se ve vztahu s mediací a s ADR všeobecně vynořuje celá řada právních témat, na jejichž otázky je třeba nalézt adekvátní

⁹³ Srovnej v tomto směru kupříkladu GOH, B. C.: *Cross-Cultural Conflict Management in an Age of Globalisation*, in Pertanika J. Soc. Sci. & Hum. Vol 20 (2012), No. 4, s. 1288 – 1298.

odpovědi, jednak je zejména ve státech bez větší tradice mimosoudního řešení sporu užitečné strany směrem k mediaci ve vhodné fázi jejich sporu nasměrovat.⁹⁴

S. Press ve svém proslovu na 5. Národní konferenci v Brisbane v roce 2000 identifikoval šest hlavních fenoménů, které mediaci na mezinárodní úrovni v současnosti ovlivňují a které představují v rámci regulace hlavní trendy. Každá moderní právní regulace mediace by se s těmito tématy měla vypořádat. Šlo o následující problematiky:

- *institucionalizace*, která vede nejenom k vytváření institucí poskytujících tzv. *case management*, tj. administrativní vedení sporů a mediačního řízení, ale také k většímu napojení mediace na soudní soustavu,
- *legalizace* ve smyslu větší provázanosti s právem, což současně představuje paradox, který J. Coben a P. Thompson nazvali *ironií pře*, tj. fakt, že, ačkoliv mediace slouží primárně k zamezení soudních řízení, čas od času se sama stane předmětem sporu, respektive soudního řízení,⁹⁵
- *inovace*, která symbolizuje neustálý a dynamický vývoj, kterým mediace v posledních letech prošla, a který se současně projevuje rozšiřováním pole působnosti mediace na nové a nové druhy sporů, které by byly ještě nedávno nemyslitelné,⁹⁶
- *kooperace*, která má být nejenom spojeným úsilím jednotlivých mediátorů a institucí při propagaci a prosazování mediace, ale i kooperací národních soudů a mediátorů,
- *internacionalizace*, která symbolizuje významný nárůst mezinárodních případů, které jsou v mediaci řešeny,⁹⁷ a konečně
- *forma a síla regulace*, která je nekonečným hledáním ideální rovnováhy mezi dostatečnou úpravou a efektivitou.

Zákonná regulace mediace je fenomén, který se v první a druhé dekádě 21. století stal takřka všudypřítomným. Mediace je v tomto případě, jak již bylo řečeno, velmi nevďěčným

⁹⁴ V tomto směru lze zvolit předběžný přístup, který přikazuje stranám zkusit mediaci před zahájením soudu jako je tomu v Itálii, jednak je možné zvolit individuální následný postup přikazující zahájit mediaci po podání žaloby v případě, kdy se to zdá vhodné.

⁹⁵ Ve své studii tito autoři zaznamenali mezi léty 1999-2003 na 1223 případů soudů v USA, které se týkaly procesní stránky mediace, přičemž tato tendence zejména ve státech s tradicí *common law* nadále pokračuje.

⁹⁶ Kupříkladu mediace sporů s veřejnoprávním prvkem.

⁹⁷ Srovnej LAGERBERG, G. – MISTELIS, L.: *Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives*, PWC, 2013, dostupné online na <http://www.pwc.com/>, [citováno k 1. září 2013].

objektem, neboť představuje řízení, které se vymezuje právě vůči státním institucím a rigidnosti. N. Alexander⁹⁸ tak shrnuje celkem čtyři modely, jak lze toto ADR právně upravit:

- 1) Smluvně-tržní regulace (4.1.1)
- 2) Samoregulace (Samospráva) (4.1.2)
- 3) Formální regulační rámec (4.1.3)
- 4) Formální legislativní regulace (4.1.4)

4.1.1 Smluvně-tržní regulace

Smluvně tržní regulace je asi nejliberálnější přístup k regulaci mediace, který staví na hodnotách jako je svobodný jednatel, autonomie vůle a zodpovědnost. Regulačními mechanismy jsou zejména smlouvy mezi mediátorem a stranami. Regulaci by pak prováděl trh sám – dobří mediátoři by byli vyhledáváni a úspěšní, špatní by z důvodu nedostatku pracovních příležitostí trh museli opustit.

Tento model byl v České republice aplikován až do přijetí zákona o mediaci, avšak z důvodu nutnosti implementace Evropské směrnice o mediaci byl nadále neudržitelný.⁹⁹

4.1.2 Samoregulace (Samospráva)

Tento model regulace předvídá, že se mediátoři sami sdruží do určitých komor, které se budou samy regulovat, a to například v oblasti kárné odpovědnosti apod. Takový přístup úspěšně funguje či fungoval v celé řadě zemí. Jako příklad je uváděno Nizozemí a jeho institut NMI (Netherland's Mediation Institute),¹⁰⁰ jehož původně interní mediační standard včetně systému akreditace je dnes považován za národní normu. NMI také vede registr mediátorů.

Jelikož doposud chybí jakákoliv mezinárodní regulace mediace,¹⁰¹ je samoregulace považována za vhodný způsob úpravy mediace v mezinárodním kontextu. Ilustraci může představovat činnost institutu IMI (International Mediation Institute), který sám sebe popisuje jako neziskovou iniciativu „*sledující veřejný zájem zajistit mediační praxi, transparentnost a vysoké kompetenční standardy po celém světě*“.¹⁰² IMI nabízí certifikaci mediátorů podle

⁹⁸ ALEXANDER, op. cit., s. 78.

⁹⁹ Srovnej PARLAMENT ČESKÉ REPUBLIKY Poslanecká sněmovna 2011, VI. volební období, sněmovní tisk č. 426: *Vládní návrh na vydání zákona o mediaci a o změně některých zákonů*, 2011, s. 25-26.

¹⁰⁰ Srovnej <http://www.nmi-mediation.nl/>, [citováno k 1. září 2013].

¹⁰¹ Samozřejmě s výjimkou činnosti Evropské unie.

¹⁰² Viz webové stránky IMI: <http://imimediation.org/>, [citováno k 1. září 2013].

svých standardů a také celosvětové vyhledávání akreditovaných mediátorů podle zadaných parametrů.¹⁰³

Mezi výhody, které samoregulace nabízí, patří i tzv. výzvy, jež jsou v současnosti stále častější a úspěšnější.¹⁰⁴ Samoregulační model doposud v českém prostředí nenašel v celorepublikovém kontextu uplatnění.

4.1.3 Formální regulační rámec

Formální regulační rámec je úprava vztahů souvisejících s mediací formou vytvoření normativního rámce, jenž vytvoří požadavky, jakési parametry, které jsou podrobněji doplňovány prostřednictvím tzv. *soft law*,¹⁰⁵ smluvních vztahů a interních jednostranných prohlášení.

Do jisté míry takovou úpravu představuje *evropská směrnice o mediaci*, která upravuje jenom nejzákladnější právní úpravu, kterou mají členské státy povinnost implementovat. Konkrétnější právní vztahy (včetně kupříkladu průběhu samotného řízení) jsou nechány neupraveny a jejich případná regulace zůstává toliko na úvaze jednotlivých zákonodárců. Prvek *soft law* je v evropském kontextu pak zastoupen evropským *etickým kodexem chování zprostředkovatele*, ke kterému se mohou jednotliví mediátoři dobrovolně zavázat.

Formální regulační rámec zvolili při právní úpravě ADR kupříkladu v Japonsku, kde v roce 2004¹⁰⁶ přijatý zákon o podpoře užití alternativních řešení sporů tvoří legální rámec pro činnost relativně nezávislých institucí, jež se starají o akreditaci mediátorů a management případů.¹⁰⁷

4.1.4 Formální legislativní regulace

Tento přístup reprezentující tradiční evropský civilistický model je symbolizován relativně komplexní zákonnou úpravou činnosti mediátora, jež se vztahuje i na kárný dohled nad jeho činností. Významný rozvoj užití tohoto přístupu bylo možné vidět zejména v nových

¹⁰³ V současné době si mohou zájemci vybírat z 399 mediátorů. Srovnej <http://imimmediation.org/certified-mediator-search>, [citováno k 1. září 2013].

¹⁰⁴ Srovnej část II této publikace.

¹⁰⁵ ALEXANDER, op. cit., s. 85.

¹⁰⁶ Zákon vstoupil v platnost v roce 2007.

¹⁰⁷ IRIE, H.: *An Overview on the Current Status of Japanese Private Dispute Resolution - Small impact of the ADR Act and it's still at the early stage*, in JCAA Newslater, Vol.: 2010, No.: 25, ss. 1-3.

členských státech Evropské unie, což se projevilo kupříkladu na Slovensku¹⁰⁸ či na Maltě.¹⁰⁹ Jiným příkladem takového přístupu je americký UMA.

Pro tento přístup hovoří fakt, že zákonná úprava, jakož i zaručený dohled zvyšují důvěru veřejnosti k mediaci. Na druhou stranu má být mediace primárně neformálním postupem a jakékoliv omezování tak může způsobit škody a působit značně nelogicky.¹¹⁰ V této souvislosti je tak třeba připomenout, že ani v tomto směru není nic černobílé a škála míry regulace v rámci tohoto přístupu je velmi široká.

Jistým návodem pro vyvážení může být tzv. *sektorová legislativa* (*sector specific legislation*), kterou využili kupříkladu ve Velké Británii či v Austrálii. Oprávněnou potřebu regulovat mediaci v oblastech s určitými potencionálně ohroženými vztahy, jakými jsou třeba spory v rodině či spotřebitelské spory, vyřeší legislativa týkající se právě a pouze jen této mediace. Ostatní, zejména obchodní spory jsou pak ponechány na samoregulaci.¹¹¹

4.2 Český zákon o mediaci a regulační modely

Poslední zmíněný přístup, tj. formální legislativní regulaci zvolil také český zákonodárce při konstruování zákona o mediaci.¹¹² Výsledný právní dualismus je však poněkud paradoxní, neboť v současné době se v České republice vyskytují mediátoři zapsaní i mediátoři nezapsaní. Zatímco mediace vykonávaná prvními z nich je regulovaná formálně legislativně, ostatní mediátoři nadále fungují na bázi regulace trhem.

Podle důvodové zprávy přitom bylo zvažováno variant více, včetně tzv. nulové úpravy, jež však byla z hlediska evropské mediační směrnice nepoužitelná. Mimo této přicházely v úvahu následující tři varianty:

- VARIANTA I., podle které měl zákon upravovat veškerou mediační činnost (plně formálně legislativní regulace),
- VARIANTA II., podle které měl zákon upravovat jen činnost zapsaného mediátora (přijata hybridní varianta), a

¹⁰⁸ Viz slovenský zákon č. 420/2004 Z.z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov.

¹⁰⁹ Viz maltský mediační zákon *Chapter 474 Mediation Act: To encourage and facilitate the settlement of disputes in Malta through mediation, to establish a Malta Mediation Centre as a centre for domestic and international mediation, and to make provisions regulating the conduct of the mediation process* z 24. prosince 2004.

¹¹⁰ Kupříkladu požadavky na výkon role mediátora ve srovnání s požadavky na výkon role rozhodce i v českém právním řádu.

¹¹¹ ALEXANDER, op. cit., s. 89.

¹¹² Pro komplexní reflexi situace v České republice před přijetím zákona o mediaci srovnej PAUKNEROVA – BRODEC – PFEIFFER, op. cit., s. 123.

- VARIANTA III., podle které měla být přijata pouze minimalistická transpoziční úprava (formálně regulační rámec).

Podle Důvodové zprávy považovala pracovní skupina za vhodné „*omezit rozsah právní úpravy jen na činnost zapsaného (tj. kvalifikovaného) mediátora.*“ Současně však jedním hlasem dodala, že nepovažuje za vhodné znemožnit jiným osobám výkon mediační činnosti. Jinými slovy, „*stát by měl ručit za kvalitu zapsaného mediátora osobám, které chtějí využít jeho služeb, avšak neměl by právní úpravou znemožňovat jiné mimosoudní způsoby řešení konfliktů těm, kdož služby zapsaného mediátora využít nechtějí.*“¹¹³

Částečná kombinace různých modelů regulace mediace, jak již bylo řečeno výše, není ničím zvláštním. Někdy však přináší jistou míru paradoxních situací. Příkladem může být problematika mlčenlivosti stran o informacích, které se dozvěděly v rámci mediačního řízení, která v zákoně o mediaci není upravena. Její regulace je tedy ponechána regulaci trhem. Taková úprava, jak bude pojednáno níže, rozhodně není vhodná.

4.3 Mediace a evropské právo

Jak již bylo nastíněno výše, pozadí zákona o mediaci je nutno hledat v evropském kontextu. Bylo to právě toto milieu, odkud do České republiky impuls k regulaci dorazil, a to zejména prostřednictvím dlouhodobé politiky Evropské unie podporující mimosoudní řešení sporů (4.3.1), nástrojů regulace etiky a chování (4.3.2) a v neposlední řadě díky mediační směrnici¹¹⁴ (4.3.3).

4.3.1 Dlouhodobá politika mimosoudního řešení sporů

Kořeny podpory mimosoudního řešení sporů na půdě tehdejších evropských společenství lze vysledovat až do 90. let 20. století. V roce 1998 byl přijat tzv. *vídeňský akční plán* a o rok později v roce 1999 na zasedání v Tampere ve Finsku vyzvala Evropská rada k přijetí zmíněné Směrnice a k podpoře lepšího přístupu ke spravedlnosti prostřednictvím zavedení alternativního mimosoudního řízení.¹¹⁵

Evropské komise následně vyvinula značné úsilí zavést mimosoudní řešení sporů do každodenní praxe, čehož se stala výsledkem tzv. *Zelená kniha alternativního řešení sporů v*

¹¹³ K úvahám nad variantami regulace srovnej Důvodovou zprávu k zákonu o mediaci, s. 26.

¹¹⁴ Viz Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES.

¹¹⁵ Srovnej Bod 3, Závěry předsednictví, zasedání Evropské rady v Tampere: „*Alternative, extra-judicial procedures should also be created by Member States.*“

občanských a obchodních věcech (dále také „Zelená kniha“). Tento dokument, ačkoliv samozřejmě není právně závazný, obsahuje celou řadu důležitých myšlenek, které přístup evropského práva k mediaci vysvětluje a dotváří.

- a) Předně v něm bylo zdůrazněno, že úkolem mediace a jiných ADR je větší zapojení konsensu do řešení sporů v rámci Evropy a nikoliv náprava nedostatků jednotlivých soudních soustav.¹¹⁶
- b) Zelená kniha dále nabídla definici samotného pojmu ADR, když popsala, že se jedná o mimosoudní procesy vedené neutrálním třetím s výjimkou klasického rozhodčího řízení. Tato relativně úzká definice vyřadila z tohoto pojmu všechny znalecké posudky nesloužící k rozhodnutí sporu, automatizované online systémy a v neposlední řadě i arbitráž.¹¹⁷
- c) Mediace a další ADR podporují přístup občanů ke spravedlnosti a dokonce zvyšují jeho kvalitu. Tím pomáhají naplnit jejich právo vyplývající z čl. 6 evropské *Úmluvy o ochraně práv a základních svobod*¹¹⁸ a z čl. 47 *Listiny základních práv Evropské unie*.¹¹⁹
- d) Měla by být vytvořena databáze ADR řízení v jednotlivých členských státech usnadňující přístup občanů jednotlivých členských států k ADR řízením.¹²⁰
- e) Mezi flexibilitou, kterou ADR vyžaduje a harmonií ve vztahu k soudním řízením, je potřeba najít rovnováhu.

Zelená kniha se stala významným dokumentem, který podstatně ovlivnil další směřování mediace v rámci Evropské unie, když významně ovlivnila jednak přijetí Evropského etického kodexu zprostředkovatelů (dále také „Kodex“) a následně mediační směrnice.

4.3.2 Evropský kodex chování pro zprostředkovatele

Dne 2. července 2004 se v Bruselu uskutečnila konference na téma *Samoregulace v mediaci*, jejímž výstupem se stalo přijetí Evropského kodexu chování pro zprostředkovatele. Tento

¹¹⁶ Srovnej EUROPEAN COMMISSION: *Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil And Commercial Law*, Brusel, 2002, s. 6.

¹¹⁷ Zelená kniha popisuje, že se rozhodčí řízení díky svému výstupu soudnímu řízení v principu příliš podobá. Z tohoto důvodu jej označuje jako „*quasi-soudní řízení*“. Viz ibid. Srovnej také definici ADR v první kapitole této části.

¹¹⁸ Publikována pod číslem 209/1992 Sb.

¹¹⁹ Srovnej 2007/C 303/01.

¹²⁰ Tato databáze je dnes dostupná online na http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_uni_cs.htm, [citováno k 1. září 2013]. Nutno však dodat, že není zrovna nejaktuálnější.

dobrovolný nástroj, k jehož plnění se mohou jednotliví mediátoři nebo organizace sdružující mediátory zavázat,¹²¹ nebyl oficiálně vydán v rámci legislativního procesu, a tak se jedná výhradně o *soft law*.¹²²

Současně se jedná o instrument čistě neformální, což potvrzuje již samotná definice *mediace*¹²³ obsažená v úvodu ke kodexu: „*pro účely kodexu chování se mediací rozumí strukturovaný postup, bez ohledu na skutečnost, jak je označován či jak je na něj odkazováno, při kterém dvě nebo více stran sporu dobrovolně usilují o dosažení dohody na urovnání jejich sporu za pomoci třetí osoby (...)*.“ Z toho plyne, že se povinnosti obsažené v kodexu budou aplikovat na osobu, jež se k jeho dodržování zaváže, i v případech, že bude vykonávat jiná ADR řízení odlišná od *mediace*.

Témata, jimiž se kodex zabývá, nejsou nikterak rozsáhlé, neboť samotný text kodexu zabírá pouze dvě a půl stránky, a patří mezi ně:

- a) způsobilost a jmenování mediátorů,
- b) poplatky za *mediaci*,
- c) zásady propagace *mediačních služeb* profesionálním, pravdivým a čestným způsobem,
- d) neustálé sebevzdělávání v oblasti alternativního řešení sporů,
- e) nezávislost a nestrannost mediátora,
- f) smlouva o provedení *mediace*,
- g) *mediační proces*,
- h) urovnání sporu,
- i) důvěrnost a mlčenlivost.

Jednotlivé mediátorovy povinnosti jsou podrobněji rozpracovány v jiné části této práce.

4.3.3 Mediační směrnice

Celková činnost Evropské unie ve vztahu k *mediaci* vyvrcholila přijetím Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech *mediace* v občanských a obchodních věcech. V souladu s tímto právním předpisem měly členské státy uvést „*v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s*

¹²¹ Seznam mediátorů a institucí zavázaných k plnění evropského kodexu je dostupný online zde: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf, [citováno k 1. září 2013].

¹²² To potvrzuje i Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES v bodě 17: „(...) Mediátoři by měli být upozorněni na existenci Evropského kodexu chování pro mediátory, který by měl být rovněž zpřístupněn široké veřejnosti na internetu.“

¹²³ Český překlad Kodexu užívá označení „*zprostředkování*“ a „*zprostředkovatel*“. Vzhledem k úzu a právní terminologii používané v zákoně o *mediaci* je vhodnějším termínem „*mediace*“ a „*mediátor*“.

touto směrnici do 21. května 2011 (...).“ Oproti tomuto požadavku se však český zákonodárce opozdil o více než rok. Na druhou stranu však vhodně rozšířil působnost mediačního zákona i na vnitrostátní případy a neomezil jej toliko na přeshraniční mediace, jak stanovil minimální požadavek směrnice.

Směrnice vyjadřuje přesvědčení, že mediace *„může představovat nákladově efektivní a rychlé mimosoudní řešení sporů (...) prostřednictvím řízení, která jsou přizpůsobena potřebám stran sporu.“* Toto tvrzení podtrhuje fakt, že se dohody vzešlé z mediace těší většímu respektu stran, což zvyšuje *„pravděpodobnost, že budou dobrovolně dodržovány a že bude mezi stranami zachován přátelský a udržitelný vztah.“*¹²⁴

Nutnost přijetí celoevropské úpravy je vcelku logicky vysvětlena tím, že pro zdárné *„využívání mediace a zajištění, aby se strany sporu, které využijí mediaci, mohly spolehnout na předvídatelný právní rámec, je nutné zavést rámcové právní předpisy, které upraví zejména klíčové aspekty občanského řízení.“*¹²⁵

Jak již bylo řečeno výše, směrnice významně omezuje svoje pole působnosti, neboť se vztahuje toliko na přeshraniční spory v občanských a obchodních věcech s výjimkou sporů týkajících se práv a povinností, o kterých nemohou strany podle rozhodného práva rozhodovat samy. Dále se směrnice nevztahuje zejména na daňové, celní či správní věci, ani na odpovědnost státu za jednání a opominutí při výkonu státní moci (tzv. *acta iure imperii*).¹²⁶ Samotné přeshraniční spory pak byly definovány jako *„spor, v němž má alespoň jedna ze stran sporu bydliště nebo se obvykle zdržuje v jiném členském státě než kterákoli jiná strana ke dni, ke kterému:*

- a) strany souhlasí s využitím mediace po vzniku sporu;*
- b) je mediace nařízena soudem;*
- c) vnitrostátní právo stanoví povinnost využít mediace, nebo*
- d) došlo k vyzvání stran pro účely článku 5.“*

Současně se dodává, že se za přeshraniční rovněž považuje *„spor, v němž je soudní nebo rozhodčí řízení navazující na mediaci mezi stranami zahájeno v jiném členském státě, než kde*

¹²⁴ Viz Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES, bod č. 6.

¹²⁵ Viz ibid, bod č. 7.

¹²⁶ Viz ibid, čl. 1.

*měly strany bydliště nebo se obvykle zdržovaly ke dni uvedenému v odst. 1 písm. a), b) nebo c).*¹²⁷

Směrnice mediací rozumí „formální řízení, jakkoli nazvané nebo uváděné, ve kterém dvě nebo více stran sporu samy dobrovolně usilují o dosažení dohody o vyřešení sporu za pomoci mediátora.“¹²⁸ Mediátor je pak podle ní definován jako „třetí osoba, která je požádána o účinné, nestranné a kvalifikované vedení mediace, bez ohledu na její označení nebo povolání v dotýcném členském státě a bez ohledu na způsob, jakým byla tato třetí osoba jmenována nebo požádána o vedení mediace.“

Jedním z významných přínosů dosažených díky přijetí směrnice je povinnost členských států umožnit stranám mediace učinit jejich dohodu vykonatelnou. Odmítnutí pak odůvodňuje toliko skutečnost, že by obsah dohody byl „v rozporu s jeho právem, včetně jeho mezinárodního práva soukromého, nebo pokud jeho právo neumožňuje vykonatelnost obsahu konkrétní dohody.“¹²⁹ Směrnice v tomto kontextu výslovně zmiňuje Nařízení Brusel I., které díky svým ustanovením o uznávání a výkonu soudních smírů v občanských a obchodních věcech výrazně zefektivňuje užití mediace při řešení přeshraničních sporů.

Dalším klíčovým přínosem směrnice je problematika promlčení a prekluze, neboť je v ní přímo uveden zákaz, který členským státům přikazuje zastavit jejich běh v případě zahájení mediace. Ta by tak neměla stranám bránit, aby se obrátily na soud, nebo na rozhodčí řízení v případě, že mediace selže. Odrazem tohoto ustanovení v českém právním řádu je § 29 zákona o mediaci stanovující, že „promlčecí doba ani lhůta pro zánik práva neběží ohledně práv, která jsou předmětem mediace v případě, že je mediace vedena v jiném členském státě podle právních předpisů tohoto členského státu.“¹³⁰

Dále je třeba připomenout, že to byla právě směrnice, která pamatovala na možnost soudu, u kterého je podána žaloba, ve vhodných případech vyzvat strany, aby k řešení sporu využily mediace. Současně pak připomíná, že tímto požadavkem nejsou dotčeny vnitrostátní právní předpisy, podle nichž je využití mediace povinné, eventuálně, podle nichž je její využívání předmětem pobídek nebo sankcí.

¹²⁷ Viz ibid, čl. 2.

¹²⁸ Viz ibid, čl. 3.

¹²⁹ Viz ibid, čl. 6.

¹³⁰ V případě vnitrostátních předpisů je toto upraveno novelizací příslušných ustanovení zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku a zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku.

Nakonec obsahuje směrnice i povinnost členských států zajistit, aby „mediátoři ani osoby zúčastněné na správě mediačního řízení nebyli nuceni předkládat důkazy v občanských a obchodních soudních řízeních nebo v rozhodčích řízeních ohledně informací vyplývajících z mediací nebo souvisejících s mediačním řízením.“ Výjimku může představovat toliko naléhavý důvod veřejného pořádku a potřeba zpřístupnění obsahu mediační dohody nutný pro její provedení nebo výkonu.

4.4 Mediaci a mezinárodní právo soukromé

Mezinárodní obchodní mediaci je z pohledu mezinárodního práva soukromého velmi zajímavý institut. Jednak je velmi často coby alternativní způsob řešení sporů užíván v rámci mezinárodního obchodu. Ačkoliv je doposud arbitráž v této rovině o poznání častější variantou, role mediací rok od roku roste a stává se jedním z nejdynamičtěji se rozvíjejících právních odvětví vůbec.¹³¹

Samotný průběh mediací mezinárodních a vnitrostátních obchodních sporů se příliš neliší, a tak pro zkušeného mediátora není větším problémem vést spor i mimo svoji původní jurisdikci ovšem samozřejmě za předpokladu, že ovládá jazyk řízení.

Na druhou stranu je třeba dodat, že výskyt mezinárodního prvku vzbuzuje několik zásadních témat, kterým je potřeba se blíže věnovat, a to zejména ve vztahu k rozhodnému právu, jež se na mediaci či na některý s ní spojený právní vztah použije.¹³²

V tomto bodě je nutné si uvědomit základní rozdíl mezi přeshraniční mediací, kterou v rámci Evropské unie definuje a upravuje mediační směrnice, a mezinárodní mediací, což je pojem širší a obsahující všechny mediaci mající nějaký mezinárodní prvek. Zatímco první jmenované se věnovala kapitola předchozí, na druhou se zaměřují následující řádky.

Za těchto okolností bude důležité určit, co vše takovým mezinárodním prvkem může být (4.4.1). Následně je nutné se zaměřit jak na nejvýznamnější právní normu, která v případě mezinárodní mediací určí rozhodné právo, tj. na nařízení Řím II (4.4.2), ale také i na další relevantní právní nástroje (4.4.3).

¹³¹ Srovnej STIPANOWICH, T. - LAMARE, J. R.: *Living with 'ADR': Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations*; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2013/16.

¹³² MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 8.

4.4.1 Mezinárodní prvek v mediaci

Mezinárodní prvek může být v mediaci zastoupen hned několika skutečnostmi. Může jít, což bude nejčastější důvod, o jednu ze stran, eventuálně o osobu mediátora či o místo mediace. K tomuto pak mohou přistupovat aspekty další – místo konání mediačních jednání,¹³³ předmět sporu, který se může nacházet v zahraničí, právní nástupce či předchůdce některé ze stran či kupříkladu snaha o vykonání zahraniční mediační dohody.

Ačkoliv mají - zejména v Evropě - mediační řízení podobný charakter, rozhodné právo bude v každém případě podrobně určovat práva a povinnosti stran. Definování konkrétního *lex contractus* je důležité hned ze dvou důvodů: Jednak bude představovat limity autonomie vůle mediačních stran, jednak upraví právní vztahy, které strany opomněly mezi sebou uspořádat samy.¹³⁴

Při hledání konkrétních nástrojů, které mediaci v rámci mezinárodního práva soukromého upravují, je potřeba vzít v potaz vícero faktorů. Jednak se bude jednat o celou řadu různých fází, ve kterých potencionálně otázka rozhodného práva přichází v úvahu. V úvahu připadají tyto roviny:

- a) Mediační doložka a smlouva obsahující mediační doložku
- b) Smlouva o provedení mediace
- c) Samotný proces mediace
- d) Mediační dohoda
- e) Následná odpovědnost stran a mediátora.

Dále pak situaci komplikuje kombinace různých hmotně-právních i procesně-právních vztahů.¹³⁵

4.4.2 Nařízení Řím I

Klíčové postavení bude bezpochyby náležet nařízení Řím I.¹³⁶ Otázka použitelnosti tohoto právního instrumentu je v podstatě nezpochybnitelná – mediace v praxi není ničím jiným než

¹³³ Samotné místo mediace bude pojmově jiným termínem než místo konání jednotlivých jednání.

¹³⁴ Srovnej OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *The Law Applicable to International Mediation Contracts*, in: Dret Revista Para el Analisis del Derecho, Vol. 2011, No. 1, s. 5.

¹³⁵ DIEDRICH, F.: *International/Cross Border Mediation within the EU*, online text dostupný na http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files/4_RGSL_Mediation_Frank_Diedrich-International-Cross-Border-Mediation.pdf, [citováno k 1. září 2013].

¹³⁶ NAŘÍZENÍ EVROPSKÉHO PARLAMENTU A RADY (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

velmi specifickým plněním zvláštního smluvního typu, a to buď mediační doložky, nebo smlouvy o provedení mediace. Nejinak tomu bude u následné mediační dohody.

V rámci článku 1 zmíněného nařízení, který osahuje věcnou působnost, nenalezneme žádné ustanovení, které by použití vylučovalo. Lze se snad pouze pozastavit nad možností uvedenou v odst. 2 písm. e), podle kterého se Nařízení Řím I nepoužije na „rozhodčí smlouvy a dohody o volbě soudu.“ Jakákoliv analogie s rozhodčí doložkou, ani s ustanovením o volbě soudu však v případě mediace nepřichází v úvahu.¹³⁷

I v případě mediace klade mezinárodní právo soukromé na první místo autonomii vůle stran, když upřednostňuje volbu práva: „Smlouva se řídí právem, které si strany zvolí. Volba musí být vyjádřena výslovně nebo jasně vyplývat z ustanovení smlouvy nebo okolností případu. Strany si mohou zvolit právo rozhodné pro celou smlouvu nebo pouze pro její část.“ V případě, že si strany explicitně zvolí místo mediace, lze tvrdit, že taková volba je současně implicitní volbou práva, pokud není uvedeno jinak.

V souladu s odstavcem 3 téhož článku se však v případě, že se „všechny ostatní prvky pro situaci významné (...) v okamžiku volby nacházejí v jiné zemi než v zemi, jejíž právo bylo zvoleno, není volbou práva, kterou strany učinily, dotčeno použití ustanovení práva této jiné země, od nichž se nelze smluvně odchýlit.“ V případě mediace pak evidentně půjde o ustanovení týkající se nestrannosti a nezávislosti mediátora. Poněkud větší nejistota panuje ohledně důvěrnosti a mlčenlivosti stran a mediátora.

Samotná volba práva může být učiněna v různých fázích mediace, přičemž pokaždé ovlivní zcela odlišné právní vztahy. Volba práva může být obsažena:

- a) Přímo v mediační doložce, tj. tato bude přímo určovat, jakým právem se bude mediační doložka řídit a jakým právem se pak bude řídit i mediace jako taková.
- b) V druhém a o poznání častějším případě půjde o volbu práva pro hlavní kontrakt, který mediační doložku obsahuje, přičemž výsledek bude v podstatě obdobný.
- c) Dále může být volba práva obsažena ve smlouvě o provedení mediace. I zde platí to, co již bylo řečeno výše.

¹³⁷ Pro srovnání mediační doložky a rozhodčí doložky srovnej část II. této práce. Pro komparaci s ustanovením o volbě soudní příslušnosti srovnej dále.

- d) Nakonec může být právo zvoleno v rámci mediační dohody, tj. v rámci výstupu z mediace, a pak ovlivní právní strany mezi stranami s mediací již fakticky nesouvisejícími (zejména jejich hmotně-právní vztahy).

V případě absence volby práva se pro smlouvu o provedení mediace použije ustanovení čl. 4¹³⁸ odstavec 1 písm. b), pravící, že „*smlouva o poskytování služeb se řídí právem země, v níž má poskytovatel služby obvyklé bydliště*“. V takovém případě se tedy použije právo místa podnikání¹³⁹ mediátora.¹⁴⁰

Jiná bude situace, pokud se týká mediační doložky a jakékoliv dohody vést mediaci mezi stranami obecně. Té totiž není mediátor stranou. Z toho důvodu se užije ustanovení odstavce 4 téhož článku: „*Není-li možné určit rozhodné právo podle odstavce 1 nebo 2, řídí se smlouva právem země, s níž je nejúžeji spojena*.“ Takovým právem by jistě bylo místo mediace, přičemž nastínění rozdílu mezi skutečným místem a místem jednotlivých mediačních jednání tak, jak bylo nastíněno výše, platí i zde. Ve všech případech bude samozřejmě nutné zvážit imperativní ustanovení všech dotčených právních řádů.¹⁴¹

4.4.3 Další nástroje

Ačkoliv je nařízení Řím I centrálním nástrojem, jenž bude vztahy v souvislosti s mediací upravovat, nebude se jednat o nástroj jediný. Tak kupříkladu může přicházet v úvahu užití nařízení Brusel I na ustanovení mediační doložky, smlouvy o provedení mediace nebo z mediační dohody o ujednání o příslušnosti soudů pro případ sporu z takové smlouvy.¹⁴² Je

¹³⁸ Ustanovení týkající se jednotlivých smluvních typů, tj. články 5-8, se pro mediaci nepoužijí. Jediný typ, který by snad teoreticky mohl být zvažován, je článek týkající se individuálních pracovních smluv (čl. 8), ale taková úvaha by nebyla správná. Je usus v právu mezinárodních arbitráží, že rozhodce není zaměstnancem stran a v mediaci to platí dvojnásob. Jednak je trvání takového vztahu velmi krátké, až dílčí, jednak nelze dost dobře poměr mezi mediátorem a stranou sporu označit za pracovněprávní poměr, a to už z toho důvodu ne, že mediátor příkazy od strany nepřijímá a ani přijímat nemůže.

¹³⁹ Bydlištěm se totiž podle ustanovení čl. 19 u fyzické osoby, která jedná při výkonu své podnikatelské činnosti, rozumí její hlavní místo podnikání. Srovnej čl. 19 (1) Nařízení Řím I.

¹⁴⁰ I v takovém případě však přichází v úvahu výjimka uvedená v ustanovení článku 4 (3) nařízení Řím I: „*Vyplývá-li ze všech okolností případu, že je smlouva zjevně úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odstavcích 1 nebo 2, použije se právo této jiné země*.“

¹⁴¹ Jak uvádí čl. 9 nařízení Řím I: „*1. Imperativní ustanovení jsou ustanovení, jejichž dodržování je pro stát při ochraně jeho veřejných zájmů, jako např. jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání zásadní do té míry, že se vyžaduje jejich použití na jakoukoli situaci, která spadá do jejich oblasti působnosti, bez ohledu na právo, které by se jinak na smlouvu podle tohoto nařízení použilo.*

2. Tímto nařízením není v žádném případě dotčeno použití imperativních ustanovení práva země soudů.

3. Rovněž lze použít imperativní ustanovení práva země, v níž mají být nebo byly povinnosti vyplývající ze smlouvy splněny, pokud tato imperativní ustanovení činí plnění smlouvy protiprávním. Při rozhodování, zda mají být taková ustanovení použita, je třeba vzít v úvahu jejich povahu a účel, jakož i důsledky, které by mohly z jejich použití nebo nepoužití vyplynout.“

¹⁴² Srovnej čl. 23 nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech: „*1. Dohodnou-li se strany, z nichž alespoň jedna má*

však vcelku nesporné, že mediační doložka sama o sobě takovým ujednáním není, neboť mediace není soudním řízením, ani jurisdikcí.¹⁴³

Pro mimosmluvní závazkové vztahy bude zase relevantní nařízení Řím II,¹⁴⁴ které může přijít v úvahu kupříkladu u odpovědnosti za škodu, kterou stranám způsobí mediátor porušením své zákonné povinnosti o mlčenlivosti. Přitom se zpravidla uplatní právo státu, kde taková „škoda vznikla, bez ohledu na to, ve které zemi došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody, a bez ohledu na to, ve které zemi nebo kterých zemích se projevíly nepřímé následky této skutečnosti.“¹⁴⁵ V tomto ohledu je však třeba připomenout ustanovení čl. 16 dotčeného nařízení, které připomíná, že jeho aplikací „není v žádném případě dotčeno použití imperativních ustanovení práva země, v níž má soud sídlo, bez ohledu na právo, které by se na mimosmluvní závazkový vztah jinak použilo.“ Zůstává však otázkou, zdali by se ustanovení kupříkladu o důvěrnosti mediátora považovalo za imperativní. Normy týkající se naopak nezávislosti a nestrannosti mediátora za takové lze považovat zcela bez váhání.

Nakonec za určitých okolností se budou aplikovat i ustanovení jednotlivých národních zákonů o mezinárodním právu soukromém. Tak tomu bude kupříkladu ve věci právní způsobilosti či zastupování, k jejichž posouzení se v českém případě použije zákon o mezinárodním právu soukromém.¹⁴⁶

bydliště na území členského státu, že v již vzniklém nebo budoucím sporu z určitého právního vztahu má příslušnost soud nebo soudy tohoto členského státu, je příslušný soud nebo soudy tohoto státu. Pokud se strany nedohodnou jinak, je tato příslušnost výlučná. Taková dohoda o příslušnosti musí být uzavřena a) písemně nebo ústně s písemným potvrzením nebo b) ve formě, která odpovídá zvyklostem zavedeným mezi těmito stranami, nebo c) v mezinárodním obchodě ve formě, která odpovídá obchodním zvyklostem, které strany znaly nebo musely znát a které strany smluv tohoto druhu v daném odvětví obchodu obecně znají a pravidelně se jimi řídí.

2. Písemné formě jsou rovnocenná veškerá sdělení elektronickými prostředky, která umožňují trvalý záznam dohody.

3. Uzavřou-li takovou dohodu strany, z nichž žádná nemá bydliště na území členského státu, nemohou soudy ostatních členských států rozhodovat, ledaže by zvolený soud nebo soudy příslušnost odmítly. (...)“

¹⁴³ DIEDRICH, op. cit., s. 7.

¹⁴⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Nařízení Řím II).

¹⁴⁵ Viz čl. 4 (1) nařízení Řím II.

¹⁴⁶ Zákon č. 97/1963 Sb. o mezinárodním právu soukromém a procesním.

5. VÝHODY A NEVÝHODY OBCHODNÍ MEDIACE

Je všeobecně uznávaným faktem, že obchodní styk (a dvojnásob ten mezinárodní) je především o akceptování rizika, nikoliv o jeho eliminaci.¹⁴⁷ Na druhou stranu je však úkolem efektivního managementu tento risk minimalizovat. Klíčovou otázkou tedy je, co vše budou aktéři obchodních transakcí ochotni akceptovat a podstoupit za účelem smírného vyřešení sporu. Odpověď je nasnadě: Cokoliv, co bude stejně dobré či lepší než to, co můžeme rozumně očekávat od soudního či rozhodčího řízení po té, co vezmeme v potaz všechny s tím spojené náklady.¹⁴⁸

Mediace jako mimosoudní řešení sporů umožňuje řešit spory velmi efektivně, což je způsobenou celou řadou výhod (5.1), které v komparaci se svými alternativami, tj. zejména se soudním a rozhodčím řízením nabízí. Na druhou stranu svět není černobílý, a tak i ADR skrývají určité nevýhody (5.2).

5.1 Výhody řešení sporů prostřednictvím mediace

Výhod, které mediace skýtá, je celá řada. V praxi jsou nejčastěji zmiňovány úspora času (5.1.1), úspora nákladů (5.1.2), ochrana obchodních vztahů a ochrana dobrého jména (5.1.3), kontrola nad průběhem řízení a nad výstupem (5.1.4), neformálnost, pružnost a komplexnost (5.1.5), jakož i další výhody (5.1.6).

5.1.1 Úspora času

Časová úspora je považována za hlavní výhodu mediace. Srovnáme-li průměrné soudní řízení v obchodních věcech, které v České republice trvá podle údajů Českého statistického úřadu 603 dnů, s mediačním řízením, které trvá řádově několik dnů, nezřídka hodin, je výhodnost mediace zcela nasnadě. K tomu je však třeba vzít v potaz, že průměrná délka jednání se jistě netýká složitějších a komplexnějších případů, u nichž může čas strávený před soudy dosahovat mnoha let.

V tomto směru uvádějí J. Savage a M. McIlwrath ve své knize *International Arbitration and Mediation – A Practical Guide* ilustrující příklad. V jednom italsko-ruském sporu z roku 1999 bylo protistraně nabídnuto řešení formou mediace s tím, že by účast neutrálního třetího mohla strany vyvést ze zablokovaných jednání. Protistrana však odmítla s tím, že již „*neutrálního třetího, který spor rozhodne, má – a sice soudce!*“ Následně bylo soudní řízení skutečně

¹⁴⁷ Srovnej MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 173.

¹⁴⁸ Srovnej ibid.

zahájeno. V době publikace jejich knihy, což bylo o 11 let později, tedy v roce 2010, soudní řízení v této věci před italskými soudy stále ještě probíhalo. Skutečná lekce z ekonomie sporu.

Pokud se týká průměrné délky mediace, je odpověď na tuto otázku velmi těžká, což je způsobeno absencí oficiálních dat a statistik. Nicméně v praxi se bude jednat skutečně řádově o hodiny či maximálně dny, což potvrzují kupříkladu *CEDR The Fifth Mediation Audit*, který praví, že průměrná délka obchodní mediace ve Velké Británii v roce 2012 činila 7,9 hodin a ve více než 70% případů se podařilo spor vyřešit hned během prvního mediačního jednání.¹⁴⁹

V této souvislosti je třeba zmínit ještě jedno velké pozitivum, o němž se hovoří zejména v souvislosti s obchodními spory. Jde o úsporu tzv. manažerského času neboli o času, který musí nad případem strávit management strany. Podle odhadů se při srovnání mezi arbitráží a mediací jedná o jednu sedminu.¹⁵⁰ V ušetřených hodinách se může management věnovat své profesi, což představuje nemalou a jen těžko vyčíslitelnou přidanou hodnotu mediace.

5.1.2 Úspora nákladů

Mediace je bezesporu levnějším řešením, než arbitráž či soudní řízení. To je způsobeno dvěma faktory. Jednak již zmíněnou kratší dobou trvání. Jinými slovy, i kdyby měli mediátoři stejnou hodinovou sazbu co arbitři, čemuž tak není, kratší doba řízení by se na výsledných finančních nákladech projevila.

Druhým faktem je, že jelikož se na výsledku řízení, tj. na mediační dohodě z velké části podílejí strany, resp. jejich právní zástupci, jsou náklady v tomto směru přeneseny na interní zdroje stran, tj. kupříkladu na strany samotné či na jejich zaměstnance.

Následující tabulka porovnává poměrně realisticky náklady mediace a arbitráže mezinárodního sporu:

¹⁴⁹ Srovnej CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION: *The Fifth Mediation Audit*, London, 2013, online text dostupný na , [citováno k 17. září 2013]://www.cedr.com, s. 7.

¹⁵⁰ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 50.

	Mediace	Arbitráž
Sporná částka	US\$ 20 000 000	US\$ 20 000 000
Čas nutný k dosažení výsledku	2-6 měsíců	24-36 měsíců
Manažerský čas	100 hodin	700 hodin
Náklady na mediační/rozhodčí panel	US\$ 17 000	US\$ 350 000 - US\$750 000
Náklady řízení	US\$ 90 000	US\$ 400 000 - US\$ 600 000
Výsledek	Dohodnuté obchodní řešení	Závazný rozhodčí nález

Tabulka 4 Náklady na mediaci a arbitráž¹⁵¹

Výpočty pro potřeby tabulky 3 jsou uváděny na základě skutečných údajů z případu, kdy se strany rozhodly pro mediaci, což znamená, že odhadované jsou náklady arbitráže. Výpočet však byl prováděn s předpokladem, že by případný rozhodce měl stejnou hodinovou sazbu jako mediátor, což se jeví jako nepravděpodobné. Skutečné náklady na rozhodčí řízení by tedy byly patrně ještě vyšší.

Poměr vynaložených časových a finančních nákladů na mediaci ve srovnání s vysokou úspěšností mediace, jež se pohybuje okolo 90%,¹⁵² jasně prokazuje, že se jedná o velmi efektivní způsob řešení sporu.

5.1.3 Ochrana obchodních vztahů a ochrana dobrého jména

S minimálním časem stráveným nad řešením případů se výrazně snižuje nebezpečí poškození vzájemných obchodních vztahů, což je trend, který v rámci rozhodčího či soudního řešení lze najít jen velmi těžko.

Skutečnost, že mediace dobré obchodní vztahy podporuje, může souviset také s konsensem, s nímž je dohod dosahováno a také s jistou mírou kreativity a duchem spolupráce, který mediační řízení provází. V této souvislosti je třeba připomenout, že mediace je procesem, který se orientuje primárně na budoucnost a hledá řešení, které bude funkční i pro další interakci stran.

¹⁵¹ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 50.

¹⁵² Srovnej CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION: *The Fifth Mediation Audit*, London, 2013, online text dostupný na <http://www.cedr.com>, s. 7, [citováno k 1. červnu 2013].

Dále využívání mediace slouží k ochraně dobrého obchodního jména, neboť společnosti, které využívají k řešení svých sporů konsensus a vyjednávání, mají přirozeně lepší jméno, než notoričtí žalobci, a to nejenom ve vztahu k obchodním parterům, ale také vůči svým klientům. Toto potvrzují jak nejruznější průzkumy typu *Fortune 1000* v USA,¹⁵³ tak nejruznější výzvy, které přední obchodní aktéři zveřejňují.

5.1.4 Kontrola nad průběhem řízení a nad výstupem

Mediace je charakterizována dobrovolností, což se projevuje tím, že k jejímu zahájení je třeba souhlasu všech zúčastněných stran. To dává do rukou stran významné oprávnění kontrolovat průběh celého řízení. V řízení se totiž nedá pokračovat bez souhlasu stran, jež mají zpravidla možnost mediaci kdykoliv opustit. A právě tento fakt odlišuje mediaci soudního a rozhodčího řízení, které jednou zahájené vede k vydání rozsudku, respektive rozhodčího nálezu.¹⁵⁴

Dále pak platí, že výstup v podobě mediační dohody bez souhlasu stran nevznikne a strany tak mají kontrolu nejenom nad jeho podobou, ale rovněž nad tím, zdali vůbec vznikne nebo ne.¹⁵⁵

Tento fakt je oceňován zejména vrcholovým managementem v obchodních sporech, který má všeobecnou a logickou tendenci minimalizovat možná rizika svým kroků na nejnižší možnou míru. Jistota kontroly podoby výstupu je pak dvojnásob oceňována v případě, že alternativou k mediaci je mezinárodní arbitráž, které se účastní strany či rozhodci napříč právními systémy, a výsledek je tak jen stěží předvídatelný.

5.1.5 Neformálnost, pružnost a komplexnost

Mediace je ze zásady jednání neformální a pouze minimálně strukturované, což usnadňuje aktivní a kreativní účast stran. Podle potřeby je pak možné řízení přizpůsobit potřebám stran a konkrétního případu, takže lze za místo setkání zvolit kancelář mediátora, ale klidně také některé ze sporných stran či jiné vhodné místo, které se kupříkladu nachází v blízkosti předmětu sporu. V tomto směru bude jediným limitem představivost a potřeby stran.

Navíc lze v rámci mediace řešit spory nejruznějšího charakteru a týkající se nejruznějších vztahů mezi stranami, což je benefit, který ani soudní, ale ani rozhodčí řízení nabídnout

¹⁵³ Srovnej STIPANOWICH, T. - LAMARE, J. R.: *Living with 'ADR': Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations*; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2013/16.

¹⁵⁴ Samozřejmě s výjimkou případů, kdy se všechny strany na ukončení dohodnou.

¹⁵⁵ Viz MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 9.

nemůže. Komplexní vymezení diskutovaných témat může přispět k vyřešení sporu zejména tehdy, jsou-li řešení jednotlivých témat vzájemně podmíněny.

5.1.6 Další výhody

Kromě výše zmíněných výhod však mediace vykazuje celou řadu dalších pozitiv, které z ní činí vhodný nástroj na řešení obchodních sporů.

Jedním z nich je snadná účast a absence nutnosti specifických znalostí a dovedností nutných pro participaci. Na rozdíl od běžného soudního či rozhodčího řízení, kde je strana zastoupena advokátem a na samotném běhu řízení se přímo nepodílí, v mediaci hraje klíčovou roli. Přitom se však nejedná o nic náročného – strana vlastně dělá to, co je pro ni relativně běžné – vyjednává. Dvojnásob to pak platí v případě obchodníků, pro které je tato činnost zcela přirozená.

Další nezanedbatelnou výhodou mediace je její důvěrnost a ochrana informací v mediaci sdělených, což je rozebráno níže.

5.2 Nevýhody a jejich léky

Jak již bylo řečeno výše, přes nespornou výhodnost mediace a celé řady kladů, které představuje, existuje několik problematických bodů, na něž je třeba vzít zřetel. Jsou to zejména absence jistoty výstupu (5.2.1), potencionální nebezpečí procesního zneužití mediace (5.2.2), absence přímé vykonatelnosti výstupu (5.2.3), jakož i nízké povědomí odborné veřejnosti o ADR všeobecně (5.2.4).

5.2.1 Absence jistoty výstupu

Absence jistoty výstupu je oprávněně vytýkanou nevýhodou mediace. Je skutečně pravda, že nelze zaručit, že po skončení řízení bude spor vyřešen. Tato skutečnost vedla některé aktéry k vytvoření tzv. hybridních ADR, které se snaží na tento nedostatek nalézt řešení. Výsledkem je pak kupříkladu řízení MED-ARB, které zachovává výhody mediace a přitom nabízí i jistotu výstupu.¹⁵⁶

Na druhou stranu nelze tento fakt z několika důvodů přeceňovat. Jednak je pravděpodobnost, že mediace selže, velmi nízká. Různé zdroje uvádějí úspěšnost od 80 po 90%.¹⁵⁷ Dále je třeba dodat, že i v případě, kdy mediace kýžený výsledek nepřinese, lze vypožorovat jisté přínosy, které strany za relativně malé náklady časové i finanční získají. Zejména může dojít k

¹⁵⁶ K tomuto tématu viz část V. této práce.

¹⁵⁷ Viz výše.

patřícnému definování sporných témat a obnovení dialogu a komunikace stran, které mohou následně vést k obnovení obchodních vztahů. Čas strávený nad případem pak lze velmi dobře využít v případné přípravě na následné soudní či rozhodčí řízení, jehož vedení zlomkové náklady na mediaci jen těžko ohrozí.¹⁵⁸

5.2.2 Potencionální zneužití mediací

Občas zmiňovaná obava ze zneužití mediací z procesních důvodů je jistě oprávněná námitka, která však jen velmi těžko může působit jako důvod, proč mediaci nevyužít.

Na druhou stranu nelze tuto problematiku podceňovat. Motivace strany postupovat v řízení v rozporu s dobrou vírou může být nejrůznější. Někdy se jedná toliko o možnost získání času před tím, než je podána žaloba. Snaha dosáhnout tímto promlčení je díky zákonu o mediaci naštěstí marná, alespoň pokud se týká mediací vedené zapsaným mediátorem.

Dalším důvodem může být snaha získat od protistrany informace, které by bylo možno využít v následujících procesních fázích. Nakonec nelze opominout ani možnost poškodit, či se dokonce pomstít protistraně.

Ve všech případech by měl zkušený mediátor takové chování strany odhalit a ukončit mediaci. Ostatně jedině takový postup by odpovídal všeobecně uznaným povinnostem mediátora.

5.2.3 Absence přímé vykonatelnosti mediační dohody

Všeobecně se věří, že strany mají tendenci dodržovat dohodnuté. Přesto vykonatelnost je variabilní a závisí na konkrétním právním řádu. Právě tato nejistota a nejednotnost je považována za hlavní limit většího užití mediací v mezinárodním obchodě. Jinými slovy, absence obdobného nástroje jakým je *Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů*¹⁵⁹ pro mezinárodní arbitráž, způsobuje mediaci nezanedbatelné problémy.

Tomuto tématu, jakož i možné nápravě je věnována speciální pozornost v jiné části této práce.

5.2.4 Nízké povědomí odborné veřejnosti

Lze shrnout, že mediací ve své podstatě nemá nevýhody, které by ospravedlňovaly její plošné odmítnutí jejího užití v mezinárodním obchodě. Z tohoto důvodu je až s podivem, že není

¹⁵⁸ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 50.

¹⁵⁹ Srovnej vyhláška č. 74/1959 Sb. ze dne 6. listopadu 1959 o *Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů*.

naprosto převládajícím způsobem řešení sporů a že je povědomí o ní u odborné veřejnosti relativně nízké.

Ta přitom jako hlavní konzument a současně beneficiant z ADR řízení musí být informována, a to hlavně v okamžiku, kdy relevantní spor vznikne. V opačném případě není systém efektivní. Do značné míry by takovou absenci mohli napravovat právní zástupci, kteří by byli o mediaci dobře informováni. Zde však problém naráží na ekonomické výhody a nevýhody mediace pro advokáty.

Recept na všeobecné rozšíření povědomí o mediaci v obchodním prostředí mohou představovat tzv. výzvy (angl. *pledge*), o nichž, jakož i o dalších způsobech propagace mediace bude pojednáno v první kapitole druhé části této práce.

II. CESTA K MEDIACI

*Inveniet viam aut faciet*¹

Lucius Annaeus Seneca, (Amphitryon, 276)

Jak bylo ukázáno v předchozí části, mediaci je jako nástroj pro řešení obchodních sporů velmi vhodná. Současně však bylo potvrzeno, že zejména v českém právním prostředí se nejedná o metodu řešení sporů zdomácnělou a plně etablovanou. Z tohoto důvodu je velmi zajímavé věnovat pozornost tématům, která mediaci vzbuzuje ještě předtím, než k ní vůbec dojde. Jinými slovy se zaměříme na cestu, kterou je třeba ujít, aby strany k mediačnímu stolu zasedly.

Jednoznačně se doposud nejedná o cestu vyšlapanou, naopak nachází se na ní celá řada nástrah, kterých je vhodné se vyvarovat. Nelze začít jinak, než problematikou propagace mediaci, bez níž by se o tomto institutu relevantní aktéři nedozvěděli (1). Pokud pak již strany budou mediaci zvažovat, je třeba zhodnotit, zdali se daný problém pro řešení prostřednictvím mediaci hodí (2).

Tak jako v právu obchodních arbitráží, i v souvislosti s mediacemi obchodních sporů se hovoří o mediačních doložkách, jako o ustanoveních konkrétních smluv, které strany zavazují zkusit vyřešit svůj spor prostřednictvím mediaci (3), avšak častější cestou k mediaci doposud představuje výzva k mediaci, kterou jedna strana adresuje druhé (4). Konečně poslední možností je povinnost účastnit se mediaci ze zákona (5).

1. PROPAGACE MEDIACE

Propagace mediaci je klíčovou činností, jež musí být nezbytně podniknuta, aby se mediaci dostala do povědomí široké i odborné veřejnosti a aby se stala etablovaným nástrojem pro řešení obchodních sporů. Za tímto účelem je nutné postupovat formou osvěty jejích potencionálních uživatelů (1.1), avšak velmi užitečným se stal i systém tzv. Prohlášení, kterými se některé vlivné subjekty k užívání ADR obecně zavazují (1.2).

¹ V tomto citátu, jenž by šel přeložit asi jako „nalezně cestu, nebo si ji vytvoř“, Seneca popisuje odhodlanost mytického Herkula při hledání řešení. Jinými slovy, pokud neexistuje příležitost, musí být vytvořena.

1.1 Propagace obecně

Zatímco v některých zemích jako je USA, Kanada, Singapur, Velká Británie, Švýcarsko či Itálie je mediace běžně užívaným způsobem řešení sporů, který je znám i široké veřejnosti, v jiných zemích, mezi které se zatím řadí i Česká republika, jde o jev nepříliš zdomácnělý. Přitom právě povědomí u široké (1.1.1), ale i odborné veřejnosti (1.1.2) je pro její správné etablování bezpodmínečně nutný.

1.1.1 Informovanost široké veřejnosti

Problémem mediace ve vztahu k širší veřejnosti, jež v případě obchodních sporů představují nejenom drobní obchodníci, ale také management velkých obchodních společností, je její nedostatečné zdomácnění a jakási automatizace v používání. Tento fakt patrně zdůrazňuje přesvědčení, že pokud se strany nedohodly samy, mediace jim řešení přinést nemůže. To pak v jejich úhlu pohledu nabízí pouze skutečný soudce nebo rozhodce.²

Pokud by řádně fungovalo poskytování informací u právních zástupců stran, nepředstavovala by tato skutečnost vážnější problém. Jak již však bylo zmíněno, naráží zde dvě odlišné, a přeci provázané nevědomosti na sebe.

Specifickým fenoménem interakce obchodních sporů a mediace je fakt, že pro některé obchodníky není mediace projevem dostatečně *silné osobnosti*, ale spíš ústupkem protistraně.³ Dalším faktorem ovlivňujícím veřejné mínění širší veřejnosti je absence veřejné autority v rámci mediace, které lze lakonicky popsat jako absenci „kulatého razítka“, kterým například soud disponuje. V tomto směru by jistou nápravu mohl do budoucna učinit institut zapsaného mediátora, nad nímž dohlíží ministerstvo spravedlnosti, respektive Česká advokátní komora.

Úkol propagovat mediaci ve vztahu k široké veřejnosti by měl logicky ležet na státu,⁴ neboť je to v neposlední řadě on, kdo ze smírného vyřešení sporu svých občanů těží úsporou na nákladech provozu soudů, ale také dalšími ušetřenými prostředky, které je možno zapojit do ekonomiky země. Podle průzkumu CEDR totiž mediace ušetří každoročně na 2 miliardy liber

² Srovnej BODENHEIMER, R. F.: *Difficulties (not only) in Germany of Proposing Mediation: How and when to bring up mediation if it is not a contractual obligation*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 23.

³ Srovnej ibid.

⁴ Českou republiku k tomu dokonce zavazuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech svým článkem 9: „Členské státy podporují všemi prostředky, které považují za vhodné, zpřístupňování široké veřejnosti informací o tom, jak kontaktovat mediátory a organizace poskytující mediační služby, zejména prostřednictvím internetu.“ Podrobněji k tomu viz SVATOŠ, M.: *Evropské aspekty mediace a dalších ADR*, Epravo.cz, 2013, dostupné online: <http://www.epravo.cz/top/clanky/evropske-aspekty-mediace-a-dalsich-adr-88570.html>, [citováno k 1. září 2013].

toliko v obchodních sporech, což představuje cca. 60 miliard Kč.⁵ V domácím prostředí je prozatím bohužel nutné se s absencí takové podpory smířit.

1.1.2 Informovanost odborné veřejnosti

Důvody vedoucí k nevědomosti odborné veřejnosti, kterou u obchodních sporů reprezentují jak advokáti, tak také tzv. podnikoví právníci, jsou různé. Prapůvod lze spatřovat v již samotném vzdělávání. Studenti práv se s mediací během studií na právnických fakultách prakticky nestřetnou. Skutečný problém tak může ležet v tom, že mnozí advokáti mediace nechápou a jejich systému a principům nerozumí. Z tohoto důvodu se pak cítí v tomto novém poli ohrožení, neboť ztrácejí známou důvěru a sebevědomí, které vykazují při výkonu své funkce v oblastech, které jsou jim známé, tj. zejména v klasickém soudním řízení.

Specifickou překážku většího uplatnění mediace při řešení obchodních sporů pak představuje strach ze ztráty zajímavých finančních zisků, které jim soudní řízení nabízí.⁶

Nápravu neznalosti u právních zástupců je možné odstranit pouze systematickým publikováním a přednášením. V ideálním případě pak vytvořením kurzu, který by se přednášel na právnických fakultách jako povinný předmět či alespoň zařazením této látky do přednášek občanského práva procesního. Tím by se do jisté míry vyřešil i problém první týkající se povědomí široké veřejnosti. Ta totiž nepotřebuje o mediaci do vzniku konfliktu vědět, pokud by jí právní zástupce toto vhodné řešení sporu navrhl a vysvětlil v okamžiku, kdy s ním tato konzultuje možné postupy svého problému.⁷

Pokud tedy bude právní zástupce cítit, že spor jeho klienta by mohl být vyřešen mimosoudně, jeho povinností bude mediaci doporučit. Už z toho důvodu, že strany v mediaci nemají co ztratit, jak bylo shrnuto výše.

⁵ Srovnej CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION: *The Fifth Mediation Audit*, London, 2012, online text dostupný na <http://www.cedr.com>, s. 7, [citováno k 1. září 2013].

⁶ Přístup některých advokátů, kteří se domnívají, že soudní řízení nebo arbitráž jim přinese víc peněz, než vyřešení sporu smírnou cestou, je jistě zavržení hodný. Pokud pak z tohoto důvodu někteří své klienty od smíru či mediace dokonce odrazují, jde o chování zcela nepřijatelné a neodpovídající správnému plnění povinností právních zástupců, zejména pak příslušným etickým normám. Takový postup koneckonců dobře vypovídá o kvalitě dotčeného jedince. Srovnej BODENHEIMER, op. cit., s. 24.

⁷ V takovém případě však informování klienta nesmí proběhnout způsobem, které by v něm vzbudil dojem, že je tlačěn do nestandardního řešení, které jej zbavuje možnosti bránit svá práva u soudu. V tomto směru mohou právní zástupci využít služeb některého mediátora, který umí mediaci správným způsobem prezentovat a dokáže tak klientovi principy a výhody mediace řádně vysvětlit.

1.2 Výzvy

Tzv. výzvy jsou jedním z nejefektivnějších nástrojů propagace mediace, která obsáhne obě výše diskutované skupiny. Jejich přínosem však kromě tohoto primárního účelu je i zlepšení obchodního jména zúčastněných společností. V praxi jde o prohlášení podepsaných stran, ať již se jedná o veřejnoprávní (1.2.1) či soukromoprávní subjekty (1.2.2), ve kterém se zavazují k využívání mimosoudního způsobu řešení svých sporů.

1.2.1 Veřejnoprávní výzvy

Mezi nejznámější a nejúspěšnější projekty v tomto směru patřila kupříkladu *UK Government Pledge 2001*, jehož přímým výsledkem bylo navýšení počtu ADR řízení vedených britskými státními orgány o 20%. Celková jejich účinnost se navíc zvýšila na 72%. Podle předpokladů vlády Velké Británie se díky tomu podařilo ušetřit cca 26,3 milionů liber.⁸

UK Government Pledge 2001 byla v květnu 2011 nahrazena dokumentem *Dispute Resolution Commitment*, který mimo jiné zavazuje státní orgány a vládní organizace, aby „byly při administraci svých sporů proaktivní a aby používaly efektivní, přiměřené a vhodné formy řešení sporů za účelem zabránění drahým soudním nákladům a žalobám.“⁹

1.2.2 Soukromoprávní výzvy

Patrně největší pozornost a (nutno dodat že oprávněně) vzbudily výzvy CPR. Během své existence zveřejnil CPR již celkem čtyři výzvy, a to *Prohlášení o firemní politice (Corporate Policy Statement)*, *Prohlášení o politice advokátních kanceláří (Law Firm Policy Statement)*, *Výzva průmyslových odvětví (Industry Specific Pledges)* a nakonec poslední *Výzva 21. století (21st Century Pledge)*.

Největšího úspěchu zatím z výše uvedených dosáhlo *Prohlášení o firemní politice*, které praví, že podepsané společnosti „uznávají, že pro mnohé spory existují méně nákladné a efektivnější řešení než je tradiční žaloba k soudu“ a z tohoto důvodu se zavazují, že „v případě, že mezi nimi a společnostmi, která učinila či učiní obdobný závazek, vznikne obchodní spor,“ je taková společnost „připravena prozkoumat s takovou druhou stranou

⁸ Viz ODDY, A. - LEYDECKER, S. - MONAGHAN, A. – MCCLURE, M. – PHILLIPS, A.: *Latest results of UK government's ADR Pledge*, online článek dostupný na: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c14be77-3a79-45d0-a2ea-eadb57d3b9ce>, [citováno k 1. září 2013].

⁹ V originále: „*The Dispute Resolution Commitment (DRC) requires government departments and agencies to be proactive in the management of disputes, and to use effective, proportionate and appropriate forms of dispute resolution to avoid expensive legal costs or court actions.*“

Srovnej HM. MINISTRY OF JUSTICE: *The Dispute Resolution Commitment*, 2011, online text dostupný na <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/mediation/drc-may2011.pdf>, [citováno k 1. září 2013].

sporu možná řešení prostřednictvím vyjednávání či jiné ADR techniky před tím, než přistoupí k soudnímu řízení (...).“¹⁰ Ze samotného textu i z následně uvedené možnosti umožňující odmítnout ADR řešení pro nevhodnost je zřejmé, že *Prohlášení o firemní politice* má spíše deklarativní charakter. Přesto jej lze považovat za úspěch, neboť se pod ní podepsalo neuvěřitelných 852 společností z USA včetně takových hráčů, jakými jsou Microsoft Corporation, Texaco Inc., McDonald's USA LLC či General Motors Company.¹¹

Potřeba dalšího rozvoje pak vedla k přijetí zatím poslední výzvy, jejímiž zakladateli byly nej přednější společnosti průmyslu tentokrát však již nelimitované pouze na USA¹². Text této výzvy je mírně závaznější: „*Naše společnosti se zavazují ve vhodných případech propůjčit své zdroje k vedení a řešení sporů prostřednictvím vyjednávání, mediace a dalších ADR řízení za účelem vytvoření a používání globálního, udržitelného procesu vedení a řešení sporů.*“¹³

Taková aktivita v českém prostředí by byla jistě velmi žádoucí a pro všechny zúčastněné prospěšná.

2. OTÁZKA VHODNÝCH SPORŮ

Otázkou, která je pro úspěch mediace klíčová, je volba vhodných sporů, které lze v mediaci řešit. Pokud se týká osobnostních limitů, tj. stran na sporu zúčastněných, v praxi platí pravidlo, že „*i ničema přijme dobrou dohodu, pokud jí lze dosáhnout...*“¹⁴ Přesto nelze tvrdit, že úplně každý spor je pro mediaci vhodný, a to buď ze všeobecného hlediska (2.1) nebo z hlediska konkrétního sporu (2.2).

¹⁰ Celý text výzvy zní: „*We recognize that for many disputes there is a less expensive, more effective method of resolution than the traditional lawsuit. Alternative dispute resolution (ADR) procedures involve collaborative techniques which can often spare businesses the high costs of litigation. In recognition of the foregoing, we subscribe to the following statements of principle on behalf of our company and its domestic subsidiaries: In the event of a business dispute between our company and another company which has made or will then make a similar statement, we are prepared to explore with that other party resolution of the dispute through negotiation or ADR techniques before pursuing full-scale litigation. If either party believes that the dispute is not suitable for ADR techniques, or if such techniques do not produce results satisfactory to the disputants, either party may proceed with litigation.*“

Dostupný online na: <http://www.cpradr.org/About/ADRpledges/CorporatePledgeSigners.aspx>, [citováno k 1. září 2013].

¹¹ Konkrétní seznam k nalezení na <http://www.cpradr.org/About/ADRpledges/CorporatePledgeSigners.aspx>, [citováno k 1. září 2013].

¹² Patří sem kupříkladu BP, Xerox, Shell, IBM či Johnson&Johnson.

¹³ V originále: „*Our company pledges to commit its resources to manage and resolve disputes through negotiation, mediation and other ADR processes when appropriate, with a view to establishing and practicing global, sustainable dispute management and resolution processes.*“ Srovnej <http://www.cpradr.org/About/CPRpledges.aspx>, [citováno k 1. září 2013].

¹⁴ MCILWRATH, M. – SAVAGE, J.: *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, s. 176.

2.1 Všeobecná perspektiva jako náhled

Základní pravidlo vyjednávání a současně mediace zní, že *pro mediaci jsou vhodné všechny spory, které chtějí strany vyřešit smírnou cestou*. V této větě je současně obsažena základní premisa vysvětlující, že pro posouzení vhodnosti sporu není ani tak důležitý objekt konfliktu (2.2.1), ale hlavně jeho subjekt (2.2.2). Nepopíratelný vliv na pravděpodobnost dosažení smíru pak představuje i faktor času (2.2.3). Pro posouzení vhodnosti sporu je však třeba tyto premisy nevnímat jako absolutní, ale spíše jako průvodní a ilustrující.

2.2.1 Objekt sporu jako kritérium

Skutečnost, že nejdůležitějším činitelem určujícím připravenost stran dojít k dohodě, není ani tak předmět, o kterém se spor vede, ale především osobnost stran, které konflikt mezi sebou mají, vede některé autory k tomu, že se vzdávají snahy definovat objekt sporu, který by byl pro mediaci vhodný.¹⁵

Všeobecně však lze říci, že pole působnosti mediace je širší než pole užití arbitráží. Už z toho důvodu, že v mediaci lze řešit i složité mnohostranné spory, které pro rozhodčí řízení nejsou nejvhodnější.¹⁶

Pokud jde pak o právní vymezení, lze vést mediaci o všech sporech, týkajících se práv, s nimiž mohou strany volně nakládat nebo jinými slovy připouští-li to povaha práv a povinností, o nichž se spor vede.¹⁷

Pro mediaci naopak nejsou vhodné spory v případech, kdy jedna strana žádá závazné deklaratorní prohlášení o tom, zdali zde nějaké právo je, či není.¹⁸

2.2.2 Subjekt sporu jako kritérium

I zde je třeba vzít v potaz již řečené, že prakticky každý je ochoten k dohodě, pokud je pro něj tato dohoda přínosná, nebo pokud se alespoň dotýčný domnívá, že tomu tak je.

Specifickou oblast představují mediace se stranou, která je veřejnoprávní. Ačkoliv někteří autoři tvrdí, že taková mediace probíhat nemůže,¹⁹ nelze s tím v podstatě souhlasit. Problémem v takovém případě není samotný předmět řízení, ale dosažení souhlasu k jeho

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Srovnej § 67 odst. 1 OSŘ: „Připouští-li to povaha věci, lze navrhnout u kteréhokoli soudu, který by byl věcně příslušný k rozhodování věci, aby provedl pokus o smír (smírné řízení) a, došlo-li k jeho uzavření, aby rozhodl i o jeho schválení. (...)“

¹⁸ Kupříkladu žaloba na určení, zdali je určitý patent platný či nikoliv. Srovnej BODENHEIMER, s. 29.

¹⁹ MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 176.

zahájení. To je způsobeno strachem zodpovědných pracovníků dát svůj souhlas k „nestandardnímu“ způsobu řešení sporu. Přesto, pokud je mediace zahájena, může a často vede k úspěchu.

Z hlediska subjektu nebude vhodný případ, kdy je některá ze stran omezena ve způsobilosti se svým jednáním zavazovat, jako tomu bude v případech nezletilých či v případě insolvence.²⁰

2.2.3 Čas jako kritérium

Pokud se podíváme na vhodnost sporu nikoliv z pohledu jeho objektu či subjektu, ale z hlediska jeho načasování, dojdeme k závěru, že ideálním je do mediace vstoupit ještě předtím, než se samotný spor rozhořel, tj. v okamžiku, kdy strany přijímají jeho první signály. Přesto není bohužel toto období sporu jako začátek mediace využíváno příliš často.

Alternativně je vhodné mediaci iniciovat ve fázi co nejranější, tj. co nejdříve po té, co konflikt vznikl, kdy jsou strany ještě ochotné účastnit se rozumného vyjednávání. Ačkoliv se totiž říká, že mediace je most, který pomáhá stranám najít společnou cestu, je vždy snadnější takový most budovat předtím, než se jeho stavitelé dají do nelítostného boje.²¹

Čím déle jsou pak strany ve sporu, tím je menší pravděpodobnost, že mediace povede k vyřešení jejich sporu. Strany totiž mají tendenci zakopávat se v pozicích,²² které připomínají zákopy První světové války – nevedou k postupu, ale pouze ke ztrátám a dlouhotrvajícím střetům. Na druhou stranu i v těchto případech může stranám zkušený a vhodný mediátor pomoci. Cesta k dohodě však bude jistě trnitější.

2.2 Early Case Assessment

Early Case Assessment (ECA) někdy také nazývaný *Early Case Management* je účinný nástroj na posouzení vhodného řešení konkrétního již vzniklého obchodního sporu. Jeho účelem je zhodnocení, zdali bitvu, jež se objevila na obzoru, stojí za to bojovat či nikoliv. Kromě obecných poznatků (2.3.1) je vhodné se také zaměřit na vybrané instituty, které poskytují pro jeho užití vhodná vodítka (2.3.2).

²⁰ BODENHEIMER, op. cit., s. 29.

²¹ SEREC, F. E.: *Practical Considerations When Thinking About Mediation*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association: London 2010, s. 6.

²² FISHER, R. – URY, W.: *Getting to YES: Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books: New York 1992 (2. vydání), s. 7n.

2.3.1 *Tři slova, co šetří statisíce*

Tento nástroj samozřejmě není primárně využíván managementem společnosti, ale jejím právním zástupcem.

Centrálním bodem celého systému je odpověď na otázku: „*Je dohoda, kterou můžeme uzavřít dnes, lepší než rozsudek či rozhodčí nález, který můžeme dostat zítra?*“²³

Je zřejmé, že účelem ECA je studie určující potencionální dopady nákladů na stranu sporů. Takový postup je zcela běžný v USA a ve Velké Británii, kde vznikl z důvodu velmi vysokých soudních nákladů. Postupně se rozšiřoval do celého světa, neboť coby velmi jednoduchý postup dokázal stranám ušetřit statisíce. Některé velké společnosti dokonce v rámci své firemní politiky zavazují své právníky, aby zpracovali ECM pro každý spor a aby jej přiložili do složek obsahujících materiály k soudnímu či rozhodčímu řízení.²⁴

ECA je přitom velmi jednoduchý nástroj, v čemž spočívá jeho největší kouzlo – je totiž snadno pochopitelný a použitelný nejenom pro právníka, ale i pro management společnosti. Ve své nejjednodušší podobě pak obsahuje následující položky:

- a) Předpokládaný výstup z řízení,
- b) náklady, které to způsobí a
- c) jakýkoliv významný právní či faktický vliv na společnost.

Tak kupříkladu v případě, kdy je společnost potencionálním žalovaným za odpovědnost by ECA vypadala následovně:

²³ MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 134.

²⁴ Ibid, s. 135.

	Odpovědnost (€) ²⁵	Náklady netto (€)	Celkový vliv (€)
V nejlepším případě	---	---	---
V nejhorším případě	---	---	---
Nejpravděpodobněji	---	---	---

Tabulka 5: Early Case Management
(zdroj: MCILWRATH – SAVAGE, s. 135)

Náklady netto jsou uváděny jako čisté náklady, tj. náklady, které nebudou společnosti uhrazeny protistranou v případě jejího úspěchu. V každém sporu totiž existuje určitá část nákladů, které nejsou uhrazeny ani při absolutním vítězství. Naopak v nejhorším možném případě bude nutné uhradit nejenom celkově své náklady, ale také část nákladů protistrany.

Právě mediace je pro své nízké náklady pro ECM klíčovou institucí, která se počítá na straně nákladů potencionální dohody. Vhodné a realistické používání tohoto nástroje povede zpravidla k ochotě stran mediaci alespoň vyzkoušet.

2.3.2 Směrnice pro tvorbu ECA

Vybrané instituce nabízejí různá vodítka, která pomáhají s tvorbou ECA. Za zmínku v tomto směru stojí zejména *CPR Průvodce ECA*²⁶ a *Soubor korporátních ECA nástrojů*,²⁷ kteréžto dokumenty publikoval institut CPR v roce 2009.

Jedná se o nástin jednoduchého procesu sloužícího k usnadnění a informovanosti rozhodování v časných fázích řešení sporů z mezinárodních obchodů.²⁸ Samotný ECA Průvodce se pak sestává z pěti článků:

- 1) Definice ECA,
- 2) Výhody užívání ECA,
- 3) Odůvodnění pro vytvoření ECA průvodce,

²⁵ Upraveno autorem, původní tabulka obsahuje částky v amerických dolarech. Měnu je samozřejmě možno změnit podle okolností.

²⁶ V originále: „*CPR Early Case Assessment “ECA” Guidelines.*“

²⁷ V originále: „*Corporate Early Case Assessment Toolkit.*“

²⁸ Srovnej CPR INSTITUTE: *CPR Early Case Assessment “ECA” Guidelines*, 2009, s. 3. Srovnej také CPR Institute: *Corporate Early Case Assessment Toolkit*, New York, 2009 dostupný online na <http://www.cpradr.org/Portals/0/Home/CPRECAToolkit2010.pdf>, [citováno k 1. září 2013].

- 4) Příprava pro úspěšný ECA,
- 5) Užívání ECA Průvodce.

Samotný Průvodce je pak doplněn celou řadou užitečných materiálů, které vhodně slouží při tvorbě konkrétního ECA. Celou konstrukci ECA shrnuje myšlenka vyjádřená ředitelkou CPR institutu Kathy Bryan, že „čím dříve může být ECA vytvořen – což může být klidně od 30 do 60 dnů od podání žaloby – tím větší je pravděpodobnost, že bude daný spor vyřešen za vynaložení minimálních nákladů.“²⁹ Není náhodou, že oba zmíněné dokumenty velmi často doporučují mediaci jako vhodný způsob časného řešení sporu.

3. MEDIAČNÍ DOLOŽKA

Mediační doložka je zvláštní klauzule obsažená v rámci smlouvy mezi stranami sporu, ve které se strany zavazují, že v případě, že z dotčené smlouvy nebo v souvislosti s ní vznikne jakýkoliv spor, zkusí jej strany nejprve smírně vyřešit prostřednictvím mediacce.

V tomto se mediační doložka nikoliv nepodobá doložce rozhodčí,³⁰ která je běžným institutem práva mezinárodního obchodu. Obdobně jako ona, vzbuzuje i její o poznání vzácnější dvojče velké množství otázek, na které je ovšem o poznání složitější nalézt odpověď.

Jde především o problematiku jak klasickou mediační doložku správně navrhnout (3.1) a jak navrhnout tzv. MDR klauzuli, která v sobě zahrnuje více stupňové řešení sporu (3.2). V tomto kontextu bude zajímavé zamyslet se nad několika teoretickými problémy. Předně jestli mediační doložka opravňuje soud odmítnout příslušnost v daném případě, jako je tomu u doložky rozhodčí (3.3). Dále zdali je její strana skutečně povinna účastnit se mediacce (3.4) a konečně zdali mediační doložka přechází konec hlavní smlouvy (3.5).

3.1 Navrhování klasické mediační doložky

Precizní sepsání mediační doložky je však podmínkou *sine qua non* úspěšného a hladkého řešení sporu. Nepřesnosti či chyby pak mohou strany smlouvy stát cenné finanční prostředky a čas, jakož i možnost spor mimosoudně vyřešit. V této souvislosti se vyskytuje celá řada pochybností a nástrah (3.1.1), kterým je však vhodným postupem možné předejít (3.1.2).

²⁹ Srovnej rozhovor s Kathy Bryan: *CPR: A Holistic, User-Friendly Approach To Dispute Resolution*, in *The Metropolitan Corporate Counsel*, Vol. 17, No. 8, s. 1 a 10.

³⁰ Srovnej BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*: 1. vydání. 2 svazky. Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2009, s. 235.

3.1.1 Problémy a nástrahy mediačních doložek

Navrhnout dobrou mediační doložku je úkol, jenž se setkává s klasickou obtíží klauzulí týkající se řešení budoucího sporu. Strany se zdají být v takovém případě zdráhavé a nechtějí si být jen připustit, že by se někdy ocitly v situaci, kdy by takové ustanovení mohly potřebovat. Vždyť právě společnou shodou dosáhly mnohdy toužebně očekávaného kontraktu a jakékoliv neshody se zdají v nedohlednu.³¹

Jak výstižně shrnuje S. Fitzgerald: „*Navrhování klauzulí pro řešení konfliktů nepatří mezi nejvíce okouzlující části obchodních transakcí. Je to trochu jako předmanželská smlouva – nikdo nechce být ten první, kdo se tohoto tématu dotkne a navíc platí přesvědčení, že to ,patrně stejně nikdy potřebovat nebudeme...*“³²

Ve své podstatě však právě mediační doložka může takových pocitů stran využít. Pod dosažení dohody budou strany ochotné souhlasit s tím, aby se v podobném duchu vedlo také řešení případného sporu.

Druhým problémem je časový horizont, kdy se tyto doložky uzavírají. V právu mezinárodních arbitráží se vžil výstižný pojem „*midnight clauses*“ neboli *půlnoční klauzule*. To odkazuje na dobu, kdy se během navrhování smluv strany dostanou k řešení otázky řešení sporu. Po náročném dni navrhování mnoha hmotně-právních ustanovení je vlastně klauzule řešící potencionální spory poslední překážkou dělící strany od dohody. To způsobuje jistý spěch a nepozornost, jež mají ovšem často fatální důsledky na kvalitu těchto ustanovení a s tím spojených následných problémů v samotném řízení.

V tomto směru zůstává otázkou, kterou si musí tvůrci smluv položit, pokud mají v úmyslu do své smlouvy mediační doložku vložit, zdali využít některou ze vzorových, které vedou k institucionalizované mediaci, nebo vymyslet klauzuli novou. Ačkoliv první varianta nabízí možnost užití prověřeného a funkčního systému, ve většině případů je mediace zahájena na základě doložky ad hoc.³³ Z toho také často vznikají problémy, neboť takové doložky nejsou dostatečně promyšlené a neodkazují na ucelený systém pravidel jako první.

³¹ MOLOO, R. – JACINTO, J.: *Drafting International Mediation Clauses*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 15.

³² FITZGERALD, S.: *Drafting dispute resolution clauses that work*, 2007, online text dostupný na <http://www.bellgully.com/resources/resource.01414.asp>, [citováno k 1. září 2013].

³³ GRAHAM, J. A.: *Issues for Mediation Clauses*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 11.

Na druhou stranu je třeba připomenout, že nástrahy nečekají toliko na tvůrce ustanovení zcela nových, ale také na toho, kdo si vybere některou z modelových klauzulí, kterou se nakonec z nejrůznějších důvodů rozhodne upravit svým potřebám. Zásah do funkční klauzule se tak pro hladké řešení může stát osudovým.

Lze říci, že základní kámen úrazu navrhování mediačních klauzulí je podobný těm spojeným s navrhováním rozhodčích doložek. Ostatně dost často jsou tyto dvě ve smlouvách sousedy nebo dokonce propojeny³⁴ – v případě tzv. *stupňovitých klauzulí*, které budou probrány v následující kapitole. Ovšem i v případě víceúrovňových klauzulí platí, co bylo řečeno výše: Je vhodné zůstat konzistentní a v případě vzorových doložek použít stejnou instituci pro mediaci a pro arbitráž, což může předejít případným pozdějším komplikacím. Příkladem mohou být kupříkladu doložky ICC, které se stupňovou doložkou výslovně počítají.

3.1.2 Co by měla mediační doložka obsahovat

Pokud se strany rozhodnou vytvořit mediační doložku vlastní, měly by při jejím navrhování vzít v potaz následující témata, s nimiž by se měly ve výsledné klauzuli vypořádat.

- a) **Použitelná pravidla:** Otázkou číslo jedna, která výrazně ovlivní jakýkoliv další vývoj mediace, jakož i výskyt dalších problémů a jejich eventuálního řešení, je volba rozhodných pravidel, tedy pravidel, která se mají na průběh mediačního řízení uplatnit.³⁵ Navrhovatelé smlouvy mají v tomto bodě na výběr z pravidel několika institucí, jak bude vysvětleno dále.

Jak již bylo zmíněno výše, vhodnou volbou může být předejito mnohým potenciálním problémům, které mohou nastat v souvislosti s absencí určitých pravidel dohodnutých v rámci doložky. Na druhou stranu však i při prosté volbě pravidel musí navrhovatel smlouvy vzít v potaz, jaká konkrétní ustanovení vybraná pravidla obsahují a zdali je není nutné nějak doplnit či zpřesnit.

- b) **Mandatorní mediace:** Ne vždy je s mediací počítáno jako s povinným krokem při řešení sporu. Někdy jsou strany pouze vyzvány k tomu, aby mediaci jako prostředek vyřešení sporu zvážily.³⁶ Ať již však strany zvolí kterýkoliv ze způsobů, bude nanejvýš vhodné, aby tato volba byla z doložky patrná. To ostatně souvisí i s následnou povinností strany se mediace účastnit nebo nikoliv. Každopádně lze

³⁴ MOLOO – JACINTO, op. cit., s. 16.

³⁵ O možnosti výběru podrobněji v III. části této práce.

³⁶ Viz např. Doložky doporučované v rámci ICC Pravidel ADR: „V případě, že z této smlouvy nebo v souvislosti s ní vznikne spor, strany souhlasí s tím, že nejprve prodiskutují a zváží možnost urovnání sporu v řízení podle ICC Pravidel ADR.“

doporučit, aby byla smluvní povinnost účastnit se mediace doplněna o sekundární odpovědnost v případě porušení povinnosti primární, a to buď ve formě smluvní pokuty nebo kupříkladu v podobě povinnosti nést náklady řízení.

- c) **Definice mediace:** Jedná se o na první pohled banální, avšak velmi významnou a téměř vždy opomíjenou potřebu. Jak již bylo řečeno výše, nic jako jednotné vymezení mediace neexistuje. Z tohoto důvodu se tedy může jevit obtížnou představa, jaké řízení si pod pojmem uvedeným klauzulí představit. O problematice vztahu mediace a conciliace a zprostředkování již bylo pojednáno výše. Lze dodat, že prostým přijetím některých pravidel se tato otázka nemusí zcela vyřešit. Jako příklad mohou posloužit kupříkladu ICC pravidla, která výslovně předpokládají, že v případě, že se „*strany nedohodnou na tom, která urovňovací technika má být použita, bude použita mediace*“,“³⁷ aniž je tato jakkoliv dále definována.

Problematickým v případě opomenutí přesné definice mediace spatřují někteří autoři³⁸ absenci přesného vymezení pravomocí mediátora. Zejména v otázce, zdali tento může či nemůže navrhnout řešení. Na druhou stranu v českém právním prostředí bude stačit odkaz na zákon o mediaci a zvolit si některého zapsaného mediátora.

- d) **Předmět mediace:** Mediační doložka by také měla obsahovat vymezení, jakých všech vztahů by se mohla potencionální mediace týkat. Za ideální a nejjednodušší řešení lze považovat prostá úvodní fráze typu: „*V případě, že z této smlouvy nebo v souvislosti s ní vznikne spor*“. Strany však mohou mít z nejrůznějších důvodů zájem předmět mediace omezit jen na některé vztahy. V takovém případě je přesnost vymezení, která zabrání pozdějším potencionálním komplikacím, obzvláště vhodná. Lze však dodat, že takové omezování není ani příliš časté, ani praktické.³⁹
- e) **Výzva a výběr mediátora:** Ustanovení mediační doložky, která neobsahuje odkaz na specifická pravidla, by měla obsahovat postup, jak postupovat v případě zájmu jedné strany zahájit mediaci a jak následně ustanovit mediátora. Je vhodné, aby byl iniciátor mediace povinen zaslat druhé straně alespoň krátké písemné podání, v němž specifikuje, v čem spor vidí a čeho se konkrétně týká.
- f) **Místo mediace:** Zvolit sídlo mediace v mediační klauzuli neznamena jenom zvolit místo, kde se bude mediace odehrávat, ale také často v případě mezinárodních sporů určení rozhodného práva, jak bylo pojednáno výše. I v tomto směru vykazuje mediace

³⁷ Viz ICC Pravidla ADR, čl. 5 odst. 2.

³⁸ MOLOO – JACINTO, op. cit., s. 17.

³⁹ Ibid.

určitou podobnost s mezinárodní arbitráží, když sídlo mediace nemusí být nutně skutečným místem, kde se strany skutečně sejdou. Rozlišujeme tak sídlo *de iure* a sídlo *de facto*. Určovat v mediační klauzuli sídlo *de facto* je nadbytečné a zbytečně komplikující, neboť strany mohou později cítit potřebu jej z nejrůznějších důvodů změnit či opakovaně měnit.⁴⁰

- g) **Zastoupení stran v mediaci:** Mediace může selhat, pokud při jednání nejsou přítomné osoby, které mají pravomoc stranu zavazovat. Z tohoto důvodu by měla být jejich účast zaručena.
- h) **Trvání mediace a její ukončení:** Strany mohou považovat za vhodné zmínit, jak dlouho má mediace trvat a kdy a kdo může mediaci jednostranně ukončit. Pokud se týká časového limitu, může být trvání mediace určeno na dobu určitou nebo neurčitou. Vypovědět mediaci může buď jedna strana, nebo mediátor.⁴¹
- i) **Separabilita:** Ustanovení zdůrazňující nezávislost klauzule na zbytku smlouvy by mělo být obsaženo v každé mediační klauzuli. K tomu podrobněji dále.
- j) **Jazyk mediace:** Zdánlivě jasné, avšak mnohdy opomenuté pravidlo je určení jazyka, v němž má mediace probíhat. Není třeba připomínat, že nejčastější volbou v případě vnitrostátních mediací je čeština, v případě mezinárodních pak samozřejmě angličtina.
- k) **Důvěrnost:** Problematika důvěrnosti by rozhodně neměla být opominuta a měla by být zmíněna i v samotné klauzuli, pokud tato neodkazuje na pravidla některé instituce, jež tuto povinnost obsahují.
- l) **Náklady:** Možná jedna z nejdůležitějších skutečností, které je třeba v mediační doložce vyřešit. Nejčastěji se strany dohodnou, že sporné strany ponесou náklady rovnoměrně, avšak může se i stát, že je bude ochotna nést jen jedna strana, aby druhou k účasti na mediaci motivovala, nebo čistě z toho důvodu, že je ekonomicky výrazně silnější.

Zmíněná témata je dobré v mediační doložce určitým způsobem upravit. Na druhou stranu je třeba říci, že příliš podrobná mediační klauzule by působila poněkud bizarně a nakonec by se její vyjednávání samo mohlo stát příslovečným jablkem sváru znemožňujícím uzavření smlouvy hlavní. I z tohoto důvodu se může jevit využití mediačních pravidel některé z institucí jako rozumné.

⁴⁰ GRAHAM, op. cit., s. 13.

⁴¹ Český zákon o mediaci předvídá, že mediace končí doručením písemného prohlášení mediátora všem stranám konfliktu, že mediace je ukončena z kvalifikovaného důvodu, nebo okamžikem, kdy je mediátorem doručeno ostatním stranám konfliktu písemné prohlášení jedné ze stran konfliktu, že v mediaci nebude nadále pokračovat. Od tohoto ustanovení se však mohou strany smluvně odchýlit. Viz §6 ZoM.

Je zřejmé, že navrhnout dobrou mediační doložku není zcela snadné, a tak lze doporučit, aby strany věnovaly její tvorbě patřičnou pozornost. Taková investice se jim může v budoucnu mnohonásobně vrátit.

3.2 Multi-level dispute resolution

Výzkumy na poli mezinárodních obchodních sporů jasně prokazují, že mediace je častěji než do samostatných mediačních doložek integrovaná do tzv. *více stupňových způsobů řešení sporů*, jež jsou v angličtině někdy označovány jako *Multi-level dispute resolution* a někdy jako *Multi-Tiered Dispute Resolution*.⁴² V praxi se jedná o ustálený postup při řešení konkrétního sporu, který strany postupně absolvují, pokud se nepodaří spor vyřešit v některé z ranějších fází.

3.2.1 Struktura MDR klauzulí

Předpokladem více stupňového řešení sporů jsou tzv. *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses* (MDR), které jsou coby ustanovení obsaženy v základní smlouvě upravující mezi stranami vztahy.

Struktura většiny MDR klauzulí je velmi podobná. Strany zpravidla nejprve zkusí vyjednávání a případně se přesunou do mediace. Teprve pokud mediace selže, zahájí rozhodčí řízení. Podle průzkumů se takto, tedy vyjednáváním a mediací podaří vyřešit 57 % sporů a pouhých 32% nakonec vede k arbitráži.⁴³

MDR klauzule zpravidla obsahují kombinaci některých nebo všech z těchto způsobů řešení sporu:

- a) Vyjednávání
- b) Mediace
- c) Odborný posudek
- d) Arbitráž

MDR klauzule přitom nerezignuje na úpravu jednotlivých fází. Kupříkladu určitý vývoj sporu, respektive jeho vzrůstající závažnost se může projevovat tím, že dotčená klauzule obsahuje ustanovení týkající se konkrétních zástupců stran při konkrétní fázi MDR. Jinými

⁴² PRYLES, M.: *Multi-Tiered Dispute Resolution*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, (2001), ss. 156-176.

⁴³ LAGERBERG, G. – MISTELIS, L.: *Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives*, PWC, 2013, dostupné online na <http://www.pwc.com/>, [citováno k 1. září 2013].

slovy, při vyjednáváních jsou strany zastoupeny běžným managementem, zatímco při mediaci již seniorním managementem.⁴⁴

MDR klauzule získávají v poslední době na oblibě a to zejména ve stavebních smlouvách. Svoji jednoduchou logikou a přesností totiž přispívají k efektivnímu řešení sporu za minimálních možných nákladů, přitom však zaručují, že bude spor vyřešen. Další výhodou MDR je jejich široká paleta řešení nabízejících mnoho variant přístupů k velmi široké škále možných sporů, jež mohou z velmi složitých kontraktů vyplynout. I to vysvětluje jejich oblíbenost právě u konstrukčních a dalších komplikovaných smluv.⁴⁵

Je třeba zdůraznit, že řešení sporu prostřednictvím MDR klauzulí nepatří mezi tzv. hybridní ADR, ačkoliv se na první pohled třeba vůči MED-ARB velmi podobá.⁴⁶ Oproti těmto řízením se však nejedná o jeden proces, ale o sérii několika zcela oddělených řízení, které následují po sobě, pokud předchozí selže, avšak jinak spolu nemají nic společného, a to ani osoby neutrálních nezúčastněných třetích, tj. zejména mediátorů a arbitrů. Oproti tomu řízení MED-ARB je jediné řízení, byť se dvěma fázemi, které je spojováno nejen stejnými stranami, ale také stejnou osobou neutrálního třetího.

3.2.2 Možná rizika

Ačkoliv jsou MDR klauzule velmi vhodné, uznávané a efektivní, mohou skrývat mnohá nebezpečí, která mohou následné řešení sporu ještě zkomplikovat. Nelze sice říci, že by tato nebezpečí převyšovala výhody jejich užití, ale je třeba se jim věnovat zejména z toho důvodu, že vhodnou prevencí je možné jim předejít. Dodejme, že nejvíce potíží, jako u normálních rozhodčích smluv, i zde způsobuje nezkušenost či nepoučitelnost navrhovatelů klauzulí či jen běžný spěch.

Tak je popisován spor dvou stran, které byly vázány MDR klauzulí následujícího typu: *„Pokud mezi stranami vznikne spor, musí jej nejdříve v dobré víře prodiskutovat a teprve, pokud se vyjednávání ukáže jako bezvýsledné, kterékoliv ze stran může podat žádost o ustanovení rozhodce.“*⁴⁷ Ohledně dané smlouvy skutečně vznikl spor a strany se jej pokusily vyřešit jednáním. Následně jedna z nich prohlásila jednání za bezvýsledné a podala žalobu k rozhodčímu soudu. Druhá strana však zpochybňovala pravomoc rozhodce spor rozhodnout,

⁴⁴ PRYLES, op. cit., s. 24.

⁴⁵ Ibid, s. 25.

⁴⁶ O MED-ARB řízení pojednává podrobněji V. část této práce.

⁴⁷ V originále: *„If a dispute arises between the parties they shall discuss it in good faith and if the negotiations are unavailing then either party may serve notice requiring the appointment of an arbitrator...“* Srovnej PRYLES, op. cit., s. 25.

neboť se podle jejího názoru nevedla o problému diskuze dostatečně dlouhá.⁴⁸ Rozhodce tento argument neuznal, ovšem celé řízení bylo zbytečně zdrženo a zkomplikováno. Pečlivěji napsaná klauzule obsahující časový limit by byla jistě vhodnější.

Nejvíce otázek v souvislosti MDR klauzulemi vzniká v souvislosti s vykonatelností, a to jednak samotné klauzule a pak eventuálního rozhodčího nálezů.

3.2.3 Vykonatelnost MDR klauzule

O samotné klauzuli platí to samé, co již bylo řečeno o celém systému – jde vlastně o sérii menších ustanovení, které jsou navzájem podmíněné. Z těchto jednotlivých složek pouze rozhodčí doložka profituje z mezinárodních,⁴⁹ ale i národních nástrojů, které její vykonatelnost zaručují. Pokud se tedy strana bude domáhat výkonu rozhodčí doložky, která je součástí MDR klauzule po té, co předchozí stupně selžou, mělo by jí být vyhověno.

Zajímavou variantu k úvaze nabízí možnost, co v případě, že předchozí části MDR doložky nebyly naplněny. Odpověď bude záviset na tom, kdo způsobil jejich selhání. Pokud to bude protistrana, v podstatě by výkonu nemělo nic stát v cestě. Pokud to bude naopak strana, jež se výkonu domáhá, soud by ji měl odmítnout. Rozhodčí doložka totiž byla z vůle stran podmíněna, a to konkrétně právě dalšími doložkami tvořícími MDR. Jejich opomenutím pak strana nenaplnila podmínky použití smlouvy, která sice platně existuje, avšak není ještě aktivována.

Obdobně, pokud bude v rámci rozhodčího řízení, jež je součástí MDR, vydán nález, není důvodu bez dalšího jeho vykonatelnost odmítnout.

3.3 Teoretické aspekty mediační doložky

Také mediační doložka vzbuzuje celou řadu otázek, které, ačkoliv mají primárně teoretický aspekt, mohou významně ovlivnit konkrétní případy v praxi. Jde o otázku námitky jurisdikce (3.3.1), vztah mediační doložky a práva na spravedlivý proces (3.3.2) a konečně separabilitu mediační doložky (3.3.3).

⁴⁸ Srovnej ibid.

⁴⁹ Srovnej: „Čl.II 1. Každý Smluvní stát uzná písemnou dohodu, podle níž se strany zavazují podrobit rozhodčímu řízení všechny nebo některé spory, které mezi nimi vznikly nebo mohou vzniknout z určitého právního vztahu či mimosmluvního, týkajícího se věci, jež může být vyřízena rozhodčím řízením. 2. Pojem "písemná dohoda" zahrnuje rozhodčí doložku ve smlouvě nebo rozhodčí smlouvu, podepsanou stranami nebo obsaženou ve výměně dopisů nebo telegramů. 3. Soud Smluvního státu, u něhož byla podána žaloba v záležitosti, o níž strany uzavřely dohodu ve smyslu tohoto článku, odkáže strany na rozhodčí řízení k žádosti jedné z nich, ledaže zjistí, že zmíněná dohoda je neplatná, neúčinná nebo nezpůsobilá k použití.“

3.3.1 Mediační doložka a námitka jurisdikce

Teorii námitka jurisdikce v souvislosti s mediační doložkou by bylo možné popsat jako otázku, zdali může tato klauzule za určitých okolností vyjmout spor z pravomoci soudů, obdobně, jako je tomu u rozhodčích doložek.

Právě ony totiž způsobí, že k námitce jedné strany směřující na její existenci musí soud řízení zastavit a odkázat strany k rozhodčímu tribunálu.⁵⁰ Čistě z pohledu českého práva je nutné tuto myšlenku zamítnout, neboť české civilně procesní právo ve vztahu k mediaci podobnou úpravu neobsahuje.

Z hlediska teoretického je třeba popřít, že by mediace či mediační řízení byly něčím jako jurisdikcí a že by mediátor měl nad stranami sporu obdobnou pravomoc jako rozhodce či soudce. Pokud by tedy k odmítnutí a eventuálnímu přerušení soudního řízení došlo, nikoliv pro nedostatek příslušnosti, ale pro nesplnění smluvní podmínky. Jak by se k tomuto problému postavili čeští soudci, doposud nebylo zodpovězeno. K přístupu jejich zahraničních kolegů viz dále.

3.3.2 Mediační doložka a právo na spravedlivý proces

Z hlediska práva na spravedlivý proces vykazuje mediační doložka několik zajímavých interakcí. Předně je třeba zdůraznit, že by byla zcela nepřijatelná klauzule, které by stranám zcela zakazovala přístup k soudům.

Je třeba si uvědomit, že mediace přes všechny své výhody vlastně není projevem spravedlnosti, neboť o sporu se nerozhoduje z pozice práva. Přitom ustanovení čl. 8 *Všeobecné deklarace lidských práv* z roku 1948 celkem jasně praví, že „Každý má právo, aby mu příslušné vnitrostátní soudy poskytly účinnou ochranu proti činům porušujícím základní práva, která jsou mu přiznána ústavou nebo zákonem.“ Obdobně pak článek 6 *Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod*⁵¹ doplňuje, že „každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. (...)“

⁵⁰ Jak to upravuje OSŘ ve svém § 106: „(1) Jakmile soud k námitce žalovaného uplatněné nejpozději při prvním jeho úkonu ve věci samé zjistí, že věc má být podle smlouvy účastníků projednána v řízení před rozhodci, nemůže věc dále projednávat a řízení zastaví; věc však projedná, jestliže účastníci prohlásí, že na smlouvě netrvají. Soud projedná věc i tehdy, jestliže zjistí, že věc nemůže být podle práva České republiky podrobena rozhodčí smlouvě, nebo že rozhodčí smlouva je neplatná, popřípadě že vůbec neexistuje nebo že její projednání v řízení před rozhodci přesahuje rámec pravomoci přiznané jim smlouvou, anebo že rozhodčí soud odmítl věcí se zabývat.“

⁵¹ Přijata v Římě, 4. listopadu 1950.

Vzhledem ke konstrukci ochrany práv v Evropě mají tato ustanovení samozřejmě velký význam, avšak *Evropský soud pro lidská práva* se zatím bohužel v obou případech, jež se mediací týkaly, zdržel komentáře ke vztahu tohoto ustanovení a principu mediace.⁵² Nelze ovšem předpokládat, že by ji odmítl *per se*. Zajímavější by však byla některá jeho úvaha na téma mandatorní mediace, jako je tomu v případě italského práva.⁵³

Zatímco tedy Evropský soud pro lidská práva zůstává doposud mlčenlivý, některé národní soudy s takovým již posouzením přispěly. To je kupříkladu případ rozhodnutí Odvolacího soudu pro Anglii a Wales⁵⁴ ve věci *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*.⁵⁵ Soudce Dyson v něm doslova píše, že je „jedna věc povzbuzovat strany, aby souhlasily s mediací, a dokonce povzbuzovat je v tom nejsilnějším slova smyslu. Je však jiná věc jim to přímo nařídit. Zdá se nám, že přikázat skutečně neochotným stranám, aby svůj spor vyřešily prostřednictvím mediace, by se rovnalo nepřijatelnému zásahu do jejich práva na přístup k soudu. Soud ve Štrasburku v souvislosti s článkem 6 Evropské úmluvy lidských práv pravil, že práva na přístup k soudu je možné se vzdát kupříkladu prostřednictvím rozhodčí smlouvy, ale že takové vzdání se může být podřízeno „obzvláště opatrnému přezkumu“, aby bylo zajištěno, že žalobce není obětí „donucení.““⁵⁶

Dále k tomu soud dodává: „Pokud je toto přístup EÚLP k rozhodčí smlouvě, zdá se nám pravděpodobné, že povinné ADR by bylo považováno za nepřijatelnou překážku k právu na přístup k soudu, a tudíž za porušení článku 6. I kdyby (odlišně od našeho názoru) soud měl pravomoc přikázat nesouhlasící straně, aby svůj spor podřídila mediaci, zdají se nám těžko představitelné okolnosti, za jakých by bylo vhodné takový příkaz vykonat. Přijali bychom za své, co editoři Druhého svazku Bílé knihy (2003) napsali v odstavci 1. 4. 11: „Charakteristickým znakem ADR řízení a možná klíčem k jejich efektivnosti v jednotlivých

⁵² Srovnej *Hokkanen v Finland* (případ č. 50/1993/445/524) ESLP 1996 1 FLR 289 nebo případ *Elsholz v Germany* (25735/94 ESLP (2000) 3FCR 385. Zajímavé bude vyčkat rozhodnutí soudu ve vztahu s italskou mediační reformou.

⁵³ Obdobná žaloba již byla podána, avšak nyní se čeká na její vyřízení. Srovnej k tomu poslední kapitulu této části.

⁵⁴ V angličtině: „*England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decision*.“

⁵⁵ Online dostupné např. zde: <http://www.mediationworld.net/uk-englandandwales/decisions/costs/full/34.html>, [citováno k 1. září 2013].

⁵⁶ V originále: „*It is one thing to encourage the parties to agree to mediation, even to encourage them in the strongest terms. It is another to order them to do so. It seems to us that to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court. The court in Strasbourg has said in relation to article 6 of the European Convention on Human Rights that the right of access to a court may be waived, for example by means of an arbitration agreement, but such waiver should be subjected to “particularly careful review” to ensure that the claimant is not subject to “constraint”: see Deweer v Belgium (1980) 2 EHRR 439, para 49.*“

případech je, že se jedná o procesy, do nichž vstupují strany dobrovolně a jejichž výstup, pokud si jej strany přejí, je nezávazný.“⁵⁷

Jen velmi těžko se lze zcela ztotožnit s tímto názorem. Pokud, jak již bylo řečeno, je mediace či pokus o ní podmínkou pro přístup k soudu a pokud je současně časově limitována, jen těžko si lze představit, co brání stranám v přístupu ke spravedlnosti. Ostatně obdobně se vyjádřil i italský ústavní soud k mandatorní mediaci v Itálii.⁵⁸

3.3.3 Separabilita mediační doložky

Velké diskuze se vedou také ohledně separability⁵⁹ mediační doložky. V podstatě jde o to, zdali tato specifická klauzule „přežívá“ konec smlouvy, ve které je obsažena tak, jako je k tomu v případě rozhodčí doložky. Analogicky by se však tak mohl vztáhnout i na mediační a jiné ADR doložky.

S tímto názorem je nutno vyjádřit souhlas, ačkoliv jej doktrína zatím nepopsala natolik precizně, jako je tomu v případě separability rozhodčí doložky. Takový výstup je zcela logický – pokud je smlouva prohlášena za neplatnou, není důvod, aby byl zhatěn celý mechanismus řešení sporu, který z takové situace vzešel.

Důvodem k akceptaci separability je jejich doplňkový charakter k primární smlouvě.⁶⁰ Z tohoto důvodu by měly přežít konec primárního kontraktu, ať již tento představuje řádné ukončení, jednostranné odvolání nebo ať je tento prohlášen neplatným a to dokonce od samého počátku.

Pokud se týká přístupu jednotlivých soudů, trend je poměrně jasný. Většina jich separabilitu uznala. Tak se stalo kupříkladu ve dvou rozhodnutích francouzského kasačního soudu, která jsou zmiňovaná níže v souvislosti s povinností účastnit se mediačního řízení.⁶¹

⁵⁷ V originále: „If that is the approach of the ECtHR to an agreement to arbitrate, it seems to us likely that compulsion of ADR would be regarded as an unacceptable constraint on the right of access to the court and, therefore, a violation of article 6. Even if (contrary to our view) the court does have jurisdiction to order unwilling parties to refer their disputes to mediation, we find it difficult to conceive of circumstances in which it would be appropriate to exercise it. We would adopt what the editors of Volume 1 of the White Book (2003) say at para 1.4.11: “The hallmark of ADR procedures, and perhaps the key to their effectiveness in individual cases, is that they are processes voluntarily entered into by the parties in dispute with outcomes, if the parties so wish, which are nonbinding.”“ Viz ibid.

⁵⁸ Srovnej níže.

⁵⁹ Někdy se také používá termínu severabilita, etc.

⁶⁰ Anglicky *ancillary to primary contract*. Srovnej ALEXANDER, N.: *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2004, s. 188.

⁶¹ Srovnej *1ère chambre civile*, 8 duben 2009, *pourvoi* : 08-10866 a *Cour de cassation, Chambre civile 2*, 06 juillet 2000, 98-17827.

O něco zdrženlivěji to učinil vrchní zemský soud v Roztokách,⁶² když pravil, že pokud se strany shodly na smířcím řízení,⁶³ je nutné žalobu prohlásit „za toho času za nepřipustnou“,“⁶⁴ pokud strany bez předchozího pokusu dosáhnout shody pomocí využití zmíněného řízení podají žalobu. Alternativou by bylo, kdyby strany alespoň prohlásily takový pokus za neúspěšný. Soud nicméně zdůraznil, že je třeba v takovém případě hledět na úmysl stran a tento pečlivě vyložit.⁶⁵

3.4 Povinnost účastnit se mediace

Pokud strany uzavrou mediační doložku, jsou samozřejmě smluvně zavázány se mediace účastnit. Co to však pro ně znamená a jak lze účast definovat? Má taková účast být aktivní, nebo postačí pasivně „prosedět“ vyhrazený čas? Samo o sobě není nejvhodnější stranu do mediace nutit, neboť tento ADR je založený na dobrovolnosti. Na druhou stranu je třeba dodat, že mnohdy i u soudem nařízené mediace je nakonec dosaženo dohody, a tak není možné takovým argumentem tuto problematiku jen tak odbít.

3.3.1 Soudy a mediační doložka

Významnou otázkou je, zdali soud závaznou mediační doložku vynutí či nikoliv. V České republice je však v tomto směru zákon o mediaci pohříchu němý. V podstatě je třeba oddělit dvě roviny. Jednak je teoreticky možné přinutit stranu žalobou, aby splnila svoji smluvní povinnost. V praktickém úhlu pohledu ale takové řešení samozřejmě nebude připadat v úvahu. Jiná bude situace, pokud protistrana zahájí soudní řízení a druhá strana vznese námitku mediační doložky – nikoliv pro nepřislušnost soudu,⁶⁶ ale pro nesplnění smluvní podmínky. V tomto případě se v českých realitách lze klonit k zamítavému přístupu.

Komparativní srovnání přináší rozličné výsledky: Zatímco švýcarské⁶⁷ či rakouské⁶⁸ soudy jsou k takovému kroku odmítavé, soudy francouzské⁶⁹ i anglické jsou vstřícnější. V USA⁷⁰ je

⁶² OLG Rostock 2006 3 U 37/06 ze dne 18. září 2006. „2. Haben die Parteien eine Schlichtungsvereinbarung getroffen, ist eine Klage, die ohne vorherige Anrufung der Schlichtungsstelle und damit vor dem Versuch des Schlichters, eine Einigung herbeizuführen oder die Durchführung eines solchen Verfahrens für gescheitert zu erklären oder sonst abzulehnen, erhoben wird.“ Srovnej shrnutí rozsudku na <http://www.gesellschaftsrechtskanzlei.com/>, [citováno k 1. září 2013].

⁶³ V originále „Schlichtungsvereinbarung“. Srovnej ibid.

⁶⁴ V originále „als derzeit unzulässig zurückzuweisen“. Srovnej ibid.

⁶⁵ Srovnej ALEXANDER, s. 189.

⁶⁶ Srovnej výše kapitulu 3.2.1 této části.

⁶⁷ Srovnej kupříkladu rozhodnutí kantonálního soudu v Curychu z 15. března 1999, obdobně pak viz KLAUS, C. - LIATOWITSCH, M.: *Mediation*, in KAUFMANN KOHLER, G. – STUCKI, B. (eds.): *International Arbitration in Switzerland: A Handbook For Practitioners*, Kluwer Law International, 2004 p. 233. Švýcarské soudy v souladu s rozhodnutím z roku 1999 považují mediační doložky na rozdíl od doložek rozhodčích za hmotně-právní (*materiellrechtlich*) a nikoliv za procesní.

naopak obvyklé, že soud přikáže splnění mediační doložky.⁷¹ Tak kupříkladu v případech *Klinge v. Bentien*⁷² nebo *DeValk Lincoln Mercury, Inc. V. Ford Motor Co.*⁷³ soudy prohlásily, že skutečnost, že se žalobce nepokusil o nalezení dohody, jej zbavuje práva domáhat se této věci u soudu.

V Německu jsou mediační doložky jak doktrínou, tak soudy odlišovány od doložek rozhodčích pokud se týká jejich podstaty. Nelze však hovořit o úplně jednotném přístupu k této problematice a soudy se doposud k této problematice přímo nevyjádřily.⁷⁴

Ve Francii jsou soudy závazkům z mediační doložky velmi nakloněny, jak prokázala nejvyšší instance v zemi, *Cour de cassation*, ve svých dvou rozhodnutích. V mladším z nich francouzský kasační soud prohlásil, že pokud smlouva obsahuje možnost žalovat před soudem „v případě, že mediace neuspěje nebo že je odmítnuta“ protistranou, nemůže žalující strana předem mediaci, která se zatím ani nekonala, odmítnout.⁷⁵ Obdobně již dříve tentýž soud vyjádřil názor, že „žaloba podaná (jednou stranou), aniž by tato dodržela touto doložkou předvídaný (konciliační) proces, je nepřijatelná.“⁷⁶

Zatím asi nejznámější případ se odehrál v kauze *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.*⁷⁷ V tomto sporu týkajícím se globálního dohody o poskytování IT služeb anglický soud prohlásil, že jsou strany povinny se zúčastnit ADR řízení, pokud se k tomu předtím zavázaly, a to ještě předtím, než podají žalobu k soudu.⁷⁸

⁶⁸ Srovnej ROTH, M. – GHERDANE, D.: *Mediation in Österreich – Zivilrechts-Mediations-Gesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen*, in HOPT, K. – STEFFEK, F. (eds): *Mediation: Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, s. 127.

⁶⁹ Srovnej rozhodnutí francouzského soudu *Poiré v Tripier* z 14. února 2003, ve kterém smíšená komora prohlásila žalobu nepřipustnou z důvodu existence mediační doložky, viz TOCHTERMANN, P.: *Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution*, in: *Uniform Law Review - Revue De Droit Uniforme*, Vol. 34, 2008, No. 3., s. 709.

⁷⁰ Srovnej COBEN, J. R. – THOMPSON, P. N.: *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, No. 11, Vol. 43, 2006, s. 108.

⁷¹ K dalším zemím patří kupříkladu Austrálie. Srovnej rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci *Jones v Castle Hill RSL Club Ltd.* (2005) NSWSC 1310. Viz ALEXANDER, op. cit., s. 176-177.

⁷² Rozhodnutí Nejvyššího soudu státu Iowa, 725 NW 2d 13.

⁷³ *DeValk Lincoln Mercury, Inc. V. Ford Motor Co* 811 F 2d 326 (7th Circuit 1987).

⁷⁴ Srovnej rozhodnutí vrchního zemského soudu v Roztokách č. 3 U 37/06 z 18. září 2006 a ALEXANDER 2008, s. 179.

⁷⁵ Ve francouzštině „en cas d'échec ou de refus de la médiation“. Srovnej (1ère chambre civile, 8 duben 2009, pourvoi : 08-10866).

⁷⁶ Ve francouzštině „action en justice introduite par la polyclinique sans observation de la procédure prévue par cette clause est irrecevable.“ Srovnej: *Cour de cassation, Chambre civile 2*, 06 juillet 2000, 98-17827.

⁷⁷ Srovnej *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm) (11 October 2002).

⁷⁸ Srovnej KAH CHEONG, L.: *Case Note: Agreements to Mediate: The Impact of Cable & Wireless plc v IBM United Kingdom Ltd.*, in *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 16 (2004), s. 530n.

3.3.2 Soukromoprávní řešení

Jak již však bylo řečeno, z důvodu opatrnosti lze doporučit, aby mediační klauzule obsahovala i sekundární odpovědnost pro případ, že by jedna ze stran odmítla se mediace účastnit. Tak si lze kupříkladu představit možnost zavedení smluvní pokuty nebo povinnosti hradit náklady řízení. Takovéto ustanovení by mělo mediaci zaručit a v případě, že se tak nestane, alespoň nahradit určitou újmu druhé straně.

Současně je třeba doporučit, aby navrhovatelé takových doložek vzali v potaz potencionální právní řády, kterých se může mediace dotknout, neboť v některých může mediační doložka představovat i procedurální činitel. Poměrně zajímavá možnost se pak naskýtá u konstrukce MDR klauzulí, kde je možné případný rozhodčí tribunál zavázat, aby mediaci vynutil.⁷⁹

4 VYJEDNÁVÁNÍ O MEDIACI

Vyjednávání o mediaci je zdaleka nejčastější způsob, jak se strany do mediace dostanou. Ani případy, kdy strany nejsou vázány mediační doložkou a chtějí vést o svém sporu mediaci, však nejsou prosty problematických bodů. Určité pensum témat k diskuzi představuje už samotná nabídka na vyřešení sporu mediací, kterou učiní jedna strana k druhé (4.1). Specifické aspekty vykazuje také proces informování a dohadování podrobností o mediaci (4.2), který předchází uzavření mediační dohody.

4.1 Nabídka na mediaci

Proces, během něhož jedna strana vyzývá stranu druhou, aby spor, který se mezi nimi rozhořel, byl vyřešen pomocí mediace, je třeba velmi pečlivě rozmyslet a následně podle takového uvážení provést. V opačném případě může dobře myšlený návrh narazit na celou řadu problémů. V tomto směru je vhodné zvážit všechny aspekty, které potencionálně šanci na přijetí nabídky ovlivňují, (4.1.1) a dále se vypořádat s problémem, že by taková nabídka mohla být projevem slabosti v konkrétním sporu (4.1.2).

4.1.1 Aspekty ovlivňující pravděpodobnost přijetí nabídky

Nabídka na mediaci vlastně není ničím než ofertou na uzavření velmi specifického smluvního typu – smlouvy o provedení mediace. Proto přichází zpravidla od jedné ze stran, ať již proto, že strana chce sama spor vyřešit alternativně, nebo proto, že je jí mediace doporučena jejím

⁷⁹ MOLOO – JACINTO, op. cit., s. 17.

právním zástupcem. Nabídka je pak směřována směrem k druhé straně, a to buď přímo jejímu managementu, nebo prostřednictvím její právních zástupců.

Pravděpodobnost, že bude druhá strana s návrhem souhlasit, závisí nejen na jejich dosavadní komunikaci a rozsahu sporu, ale i na dalších faktorech. Chce-li některý z iniciátorů zvýšit šance na akceptaci nabídky, pak přenechá druhé straně prostor pro vybrání mediátora nebo pravidel, kterými se bude eventuální řízení řídit. Takový vstřícný krok je možný a velmi efektivní i v případech, že je mediaci a její podoba výslovně předpokládána smluvně. Aby bylo sníženo riziko, že vybraný mediátor nebude vyhovovat požadavkům iniciátora, je možné požadovat splnění několika základních podmínek, jakými bude třeba jazyk, dosažené vzdělání a další.⁸⁰

Mediace má tu výhodu, že vzbuzuje pozitivní reakce ještě dříve, než je vůbec zahájena. Nezřídka se tak stává, že výzva k mediaci vzbudí ochotu vyjednávat a spor je pak vyřešen bez intervence mediátora. I taková nabídka je přínosná, byť ne v tom směru, jak by bylo lze předpokládat.⁸¹

Významným aspektem pro úspěšný návrh je načasování. Všeobecně se uznává, že čím je návrh podán později, tím je menší šance, že bude přijat,⁸² a to ze dvou důvodů: Jednak je zřejmé, že se zahájením soudního řízení již konflikt eskaloval, a tudíž je ve fázi, kdy jej není vhodné řešit. Jednak s ubíhajícím časem se strany utvrzují ve svých pozicích a odmítají je opustit.⁸³

Přesto se nezřídka stává, že je mediaci iniciována během probíhajícího soudního či rozhodčího řízení⁸⁴ a přesto dojde k jejímu zahájení i úspěšnému průběhu. Ovšem vzhledem k tomu, že v myslích stran je počátek silového řešení sporu spojen s definitivním koncem a opuštěním smírného pojetí řešení sporu, bude jednou z klíčových povinností právních zástupců své klienty informovat a poučit o tom, že takový přístup je třeba a současně je možné obnovit.

⁸⁰ MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 174.

⁸¹ Viz ibid.

⁸² BODENHEIMER, op. cit., s. 27.

⁸³ FISHER-URY, op. cit., s. 7n.

⁸⁴ Tomu odpovídají i některé formy ADR řízení, jako třeba ARB-MED. Srovnej také LEATHES, M. - BULDER, B. - KERVERS, W. - SCHONEWILLE, M.: *Einstein's Lesson in Mediation*, in *Managing IP*, July–August 2006, dostupné online na <http://www.imimmediation.org>, 2006, [citováno k 1. září 2013].

4.1.2 *Komplikace na cestě k mediaci*

Obecně komplikovaná je situace při vyjednávání dohody představují spory, kdy je jedním ze zúčastněných stran veřejnoprávní osoba či soukromoprávní osoba s účastí veřejné sféry. Osoby, které takové strany zastupují, jednak nemají přímý zájem na výsledku a na způsobu řešení sporu, jednak si nejsou často jisté hranicemi svých pravomocí, tedy zdali vůbec mohou s mediací souhlasit.

V tomto směru je připomínán bizarní případ mezinárodního sporu mezi soukromým investorem a indickou rafinérií vlastněnou státem. Žalobce cítil, že je jeho pozice silná, ale i přesto chtěl kvůli časovým a finančním důvodům urychlit spor a vyřešit jej mimo arbitráž. Ředitel státem vlastněné rafinérie však odmítl, byť věděl, jaká je pozice žalované. Odůvodnil to tím, že by smírné vyrovnání vzhledem k veřejnoprávnosti jeho společnosti vzbudilo podezření z korupce.⁸⁵

Obdobně složité je iniciovat mediaci ve chvíli, kdy se spor týká více než dvou stran. Ačkoliv jsou takové situace pro mediaci vhodné, neboť umožňují přijetí komplexního řešení více dílčích sporů najednou, dosáhnout souhlasu je z logického důvodu komplikované přítomností více subjektů.

Významným problémem může být také pocit strany, že by nabídka na konání mediace mohla být protistranou vnímána jako projev slabosti či nejistoty. Tento sice neracionální, avšak častý problém lze vyřešit některou vhodnou formulací nabídky, kupříkladu odkazem na firemní politiku či hodnoty a podobně. Konkrétní nabídka pak může vypadat kupříkladu takto:

- a) *„Vážíme si Vás coby našich obchodních partnerů a oceňujeme naše dlouhodobé obchodní vztahy, a tak, pokud to bude jen trochu možné, chtěli bychom nastalé nedorozumění vyřešit rychle a přátelskou cestou. Z tohoto důvodu bychom Vás rádi vyzvali k účasti na mediaci...“*
- b) *„Věříme, že je v zájmu všech zúčastněných, aby se jakýkoliv spor vyřešil co nejrychleji a bez zbytečných finančních i jiných nákladů. Z tohoto důvodu bychom Vás rádi vyzvali k účasti na mediaci...“*

⁸⁵ MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 184.

- c) „*Je v souladu s naší firemní politikou řešit spory s našimi obchodními partnery přátelskou a efektivní cestou. Z tohoto důvodu bychom Vás rádi vyzvali k účasti na mediaci...*“⁸⁶

4.2 Modely komunikace

Odpověď na otázku, jak nabídnout mediaci protistraně, poskytují tzv. modely komunikace před průběhem mediace. Kromě samotné nabídky vést mediační řízení však mohou tyto komunikační kanály přenášet i další praktické informace, včetně přípravy a organizace mediačních jednání. V tomto kontextu se nabízí celkem čtyři možnosti. Jednak, že se strany dohodnou samy (4.2.1) eventuálně, že dohodu zprostředkují právní zástupci stran (4.2.2). Dále pak přichází v úvahu komunikace ve formátu strana – mediátor – strana (4.2.3) a s drobnou modifikací strana - mediační instituce – strana (4.2.4).

4.2.1 Strana a strana

Tato varianta se na první pohled jeví nejlogičtější. Pokud navíc k jejímu užití dojde, půjde o jasný signál, že by mediace mohla být úspěšná, neboť strany neztratily ještě všechny komunikační kanály a nespálily příslovečné mosty. Na druhou stranu, takových případů je relativně pomálu, zejména v případech, kde již emoce dostoupily vyšších pater, což dohodu na konání mediace ztěžuje nebo znemožňuje.

4.2.2 Právní zástupce a právní zástupce

Taková varianta bude ideální v případě, že jsou oba advokáti znalí mediace a jejich výhod. Ostatně v zemích, kde je mediace etablovaná, je takové řešení nejběžnější. Do této kategorie komunikace bude samozřejmě spadat též komunikace interních právníků, což bude model relativně častý v případech větších obchodních sporů.

Specifickou variantou stojící na pomezí mezi tímto modelem a prvním zmiňovaným je postup, kdy právní zástupce iniciátora informuje druhou stranu o možnosti mediace. Není to ovšem příliš vhodné. Strana totiž může při komunikaci s advokátem protistrany lehce získat dojem, že mediace je již předem podjatá v její neprospěch. Navíc si bude klást logickou otázku, proč poslouchat rady *někoho, kdo je placen od toho, aby mě porazil u soudu*. Navíc právní zástupce, který kontaktuje protistranu, se může za určitých okolností v některých právních řádech dostat do konfliktu s etikou advokátního stavu.⁸⁷

⁸⁶ Zdrojem pro tyto příklady je mediační praxe autora.

⁸⁷ Srovnej BODENHEIMER, op. cit., s. 26.

4.2.3 Mediátor a strana

Oproti předchozí variantě bude toto řešení časté v případech, kdy mediace není ještě zcela běžným způsobem řešení sporů a o jejích výhodách je třeba druhou stranu „přesvědčit“. Vcelku logicky však může takový přístup vzbudit v protistraně pocit, že je mediátor propojen s druhou stranou. Aby tomu předešel, může mediátor vyzvat iniciátora, aby protistranu kontaktovala sama a dostala se tak do modelu strana-strana. Nicméně pokud to není možné nebo pokud by se zdálo evidentním, že by takový kontakt k výsledku nevedl, je zcela v mezích pokud mediátor druhou stranu skutečně osloví.

V takovém případě však musí mediátor postupovat obezřetně. Doporučuje se, aby druhou stranu nejprve informoval o principech mediace a zejména o zásadě dobrovolnosti. Může tak učinit ústně nebo písemně, eventuálně odkazem na materiály, které o mediaci pojednávají. Rozhodnutí účastnit se mediace je pak výhradně na druhé straně, což by mělo být z postupu mediátora zřejmé. Tato skutečnost také bude klíčová pro budoucí úspěch mediace.

4.2.4 Strana a mediační instituce

Efektivním, i když nepříliš často využívaným způsobem pro zahájení mediace je využití služeb některé mediační instituce. Obecně řečeno jsou tyto instituce ochotné komunikovat se zájemci či s jejich právními zástupci, vysvětlit jim výhody mediace i využití služeb jejich centra. Navíc jsou na takové „přesvědčování“ zvyklí, takže v něm vykazují vysoké kvality a úspěšnost. Návdavkem navíc působí neutrálně a na sporu nezúčastněně, což přispívá k pozitivním výsledkům.

5 MANDATORNÍ MEDIACE

Kromě výše zmíněných cest se k mediaci lze dostat ještě prostřednictvím tzv. mandatorní mediace, tj. mediace, která je ze zákona povinná. V úvahu připadají dva modely, jednak situace, kdy je žalobce povinen splnit tuto podmínku předtím, než je jeho eventuální žaloba přípustná, jednak systém, kdy může soudce stranám v již probíhajícím řízení ve vhodném případě přikázat, aby zkusily svůj spor vyřešit prostřednictvím mediace.

Zatímco příkladem prvního modelu je italské právo (6.1), za reprezentanta druhé varianty lze dosadit českou úpravu (6.2).

5.1 Italská cesta: Mandatorní mediace

Itálie patří mezi právní řády, které přijaly jednu z vůbec nejširších pojetí mandatorní mediace. Cesta k ní však vůbec nebyla lehká. Původní úprava z roku 2010 (6.2.1) byla zrušena ústavním soudem (6.2.2) a byla následně nahrazena novým zákonem (6.2.3).

5.1.1 Původní úprava z roku 2010

Mediace má v zemi na apeninském poloostrově silnou tradici vykazující celou řadu specifík. Jedním z nich byla od roku 2010 povinnost stran za určitých okolností podrobit svůj spor mediaci předtím, než bude podána žaloba k soudu.

Mediátoři, kteří mohli být osloveni v souvislosti mandatorní mediací, museli být organizováni v mediačních centrech, což způsobilo obrovský nárůst z 37 center v roce 2008 po 843 v roce 2012. Od března 2011 do března 2012 bylo registrováno více než 90 000 žádostí o mediaci, avšak jelikož potencionální žalovaný neměl povinnost se takové mediace účastnit, skutečný počet řízení byl nižší. Pokud se však žalobce i žalovaný sešli, ve 48% případů došlo k úspěšnému vyřešení sporu.⁸⁸

Tato úprava si brzy našla podporu obchodních kruhů, a tak 30. září 2011 vydala Italská bankovní asociace, Národní asociace pojišťoven a další asociace dokument "*A Project by Business for Italy*", ve kterém shrnuly, „že je nezbytné se nadále spoléhat na civilní i obchodní mediaci jako na nepostradatelný nástroj k redukci soudních řízení.“⁸⁹

5.1.2 Rozhodnutí ústavního soudu

Tuto podporu však mandatorní mediace nezaznamenala všude, a tak skupina advokátů podala ústavní žalobu a rozhodnutí ústavního soudu⁹⁰ č. 272/2012 ji jako protiústavní zrušilo. Samotný dekret však byl jako neústavní zrušen nikoliv pro mandatorní mediaci, ale pro procesně legislativní chybu, se kterou byla dotčená norma přijata.

Argumentaci ústavních soudců je možné shrnout tak, že dekret jako prováděcí právní předpis nerespektoval ustanovení konkrétního zmocňujícího normativního aktu, který neobsahuje ani explicitní, ani implicitní oprávnění učinit z mediace předběžnou podmínku pro přístup ke spravedlnosti v určitém předem daném druhu případů.

⁸⁸ DE BERTI, G., *Mandatory mediation: the Italian experience, two years on*, June 07, 2012, dostupné online na <http://www.internationallawoffice.com>, [citováno k 1. září 2013].

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ *La Corte costituzionale*.

Ústavní soud se také vyjádřil ve vztahu k evropskému právu, když shrnul, že evropská směrnice o mediaci ani nepřikazuje, ale ani nezakazuje mandatorní mediaci. Jinými slovy je tedy výhradně na úvaze italského zákonodárce, zdali takovou úpravu do svého práva zavede či nikoliv.

5.1.3 Nová právní úprava

Dne 21. září 2013 vstoupil v Itálii v platnost legislativní dekret č. 69/2013, který opět v rámci italského civilního procesu zavádí povinnou mediaci ve vybraných sporech.⁹¹ Je charakteristické, že tato úprava byla přijata v rámci *urgentních opatření pro obnovení italské ekonomiky*. Mandatorní mediace se jím zavádí na zkušební období čtyř let, během něhož bude příslušné ministerstvo povinně provádět ekonomickou a právní analýzu dopadů tohoto opatření na italský soudní systém.

V současné době je mandatorní mediace povinná pro věcná práva a spory z dědictví, ale také pro spory z oblasti bankovníctví, pojišťovnictví a dalších finančních smluv.

Nakonec je třeba připomenout, že mediátorovi podle italského práva náleží zajímavá pravomoc. Pokud snaha o dosažení dohody selže, mediátor může nabídnout řešení, které se mu zdá vhodné. Strany jsou sice oprávněné takový návrh odmítnout, a následně zahájit žalobou soudní řízení, avšak pokud následné soudní rozhodnutí bude v souladu s mediátorovým návrhem, soud může dokonce i vítězně straně přikázat, aby protistraně uhradila náklady.⁹²

5.2 Česká cesta: První setkání s mediátorem⁹³

Také v českém právním prostředí nalezneme prvek povinnosti ve vztahu k mediaci. Oproti Itálii se však nejedná o mandatorní mediaci, ale o povinnost poprvé se setkat se zapsaným mediátorem.

⁹¹ V současné době tak v Itálii fungují tři odlišné druhy mediace: Dobrovolná, soudní a povinná mediace. Dobrovolnou se rozumí situace, kdy se strany rozhodnou svůj spor řešit prostřednictvím mediace, a to jako vůbec první krok při pokusu vyřešit svůj spor. Soudní mediace, jež připomíná české řešení v souladu se zákonem č. 202/2012 Sb. o mediaci, předpokládá oprávnění soudce kdykoliv před posledním slyšením ve věci vyzvat strany, aby svůj spor vyřešily mediací. Konečně poslední, povinná mediace nebo také mediace mandatorní předpokládá účast na mediaci jako podmínku přípustnosti podání žaloby v určitých sporech.

⁹² Podrobněji srovnej SVATOS, M.: *Mandatory mediation strikes back*, 2013, bude publikováno online na <http://mediate.com>, [citováno k 1. září 2013].

⁹³ Podrobněji k tomuto institutu srovnej SVATOŠ, M.: *Mýty a fakta o prvním setkání s mediátorem, aneb všechno, co jste o mediaci chtěli vědět, ale báli jste se zeptat*, in *Bulletin Advokacie* Vol 2013, No. 11 (v době odevzdání práce v ediční přípravě).

Občas je tento institut kritizován také optikou absence jednoho ze základních principů mediace, tj. s principem konsensu a dobrovolnosti. Dobrovolnost skutečně patří mezi základní zásady, ovšem toto tvrzení si zaslouží určitý korektiv: Jednak je třeba si uvědomit, že dobrovolnost je vnímána spíše jako *dobrovolnost uzavřít dohodu* a tedy ovlivnit výstup z celého procesu, než samotná nevynucená účast.⁹⁴ Koneckonců právě výše uvedený italský případ jasně ukazuje, že mediace může fungovat i v případech, kdy je povinná. Ovšem soud v České republice, přes široce rozšířený nepřesný názor, nemůže přikázat účast na mediaci.

V souladu s příslušnými ustanoveními OSŘ totiž může předseda senátu za určitých okolností stranám nařídit toliko tzv. *první setkání s mediátorem*, jehož účelem je, aby byly strany informovány o možnostech a výhodách mediace, jakož i o tom, jak vlastně probíhá.

Strany se tak musí pouze s mediátorem sejít a tyto informace od něj převzít, přičemž pro takovou informační schůzku se určuje rozsah maximálně tří hodin. Jinými slovy, do uzavření smlouvy o provedení mediace strany nemohou být nuceny.

Samotný institut prvního setkání s mediátorem je v kontextu světa velmi specificky zvolenou variantou a paradoxně se v současné praxi prakticky nevyskytuje, neboť strany většinou vcelku logicky nemají zájem se nechávat tři hodiny informovat, ale raději zahájí mediaci podle zákona o mediaci. Následným podpisem *smlouvy o provedení mediace* je podle § 4 (1) zákona o mediaci zahájena mediace a končí tím *první setkání s mediátorem* jako institut, s veškerými právními následky, které to má.

⁹⁴ Nelze však zpochybnit, že dobrovolná účast přináší pro mediační řízení velké výhody v podobě vstřícnosti zúčastněných stran a v projevu jejich svobodné vůle, se kterou se dá později pracovat při hledání vhodného řešení daného konfliktu.

III. OSOBA MEDIÁTORA

Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der bestirnte Himmel über mir, und das moralische Gesetz in mir

Immanuel Kant¹

Osoba mediátora² je pro průběh mediace naprosto klíčovým faktorem. Bez nadsázky lze tvrdit, že mediace je jenom tak dobrá, jak moc dobrý je mediátor, který ji vede. Z tohoto důvodu je třeba na jeho volbu stranami klást obzvláště velký důraz (1). Koneckonců jeho význam odráží i skutečnost, že je na něj kladena celá řada standardů, které se projevují povinnostmi, které musí respektovat (2). Za tuto náročnou práci mediátorovi samozřejmě náleží odměna, která vzbuzuje celou řadu zajímavých témat (3).

1. VOLBA MEDIÁTORA

Volba mediátora je pro úspěch mediace asi tím nejdůležitějším krokem. O to víc překvapí, jak je tento krok stranami podceňován, i to, na základě jakých kritérií je činěn.

Z tohoto důvodu se nejprve zaměříme na vlastnosti, které by dobrý mediátor měl mít (1.1) a následně na to, jak jej dobře vybrat (1.2).

1.1 Charakteristika dobrého mediátora

Nelze zamlčet fakt, že opravdu kvalitních mediátorů vhodných pro vedení obchodních sporů je prozatím v České republice pomálu. Za tímto faktem může stát vícero důvodů. Jednak je ADR obecně a mediace obzvlášť z pohledu kvalifikace nezávislého třetího velmi specializovaným oborem, který vyžaduje specifické schopnosti a dovednosti.³ Takoví odborníci by mohli být rekrutováni jednak z řad advokátů, ale zejména z řad profesionálů, kteří by se věnovali výhradně mimosoudnímu řešení sporu, tedy mediátorů profesionálů.

¹ V překladu do češtiny: „Dvě věci naplňují mou mysl vždy novým rostoucím podivem a úctou; hvězdná obloha nade mnou a mravní zákon ve mně.“

² Označení mediátor pochází ze starého Říma, kde se ovšem pro tutéž funkci kromě zmíněného *mediator* používala celá řada označení: *internuncius*, *medium*, *intercessor*, *philantropus*, *interpolátor*, *conciliator* či *interlocutor*. Srovnej ALEXANDER, N.: *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2004, s. 51.

³ Srovnej STIPANOWICH, T. J.: *ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. I (2004), No. 3, 843-912, s. 845.

Pochopení všech úskalí mediace vyžaduje velmi náročný trénink a dobrý teoretický základ a zůstává otázkou, zdali může být jedinec současně vynikajícím advokátem a vynikajícím mediátorem.

Strany často vybírají odborníka na hmotně-právní úpravu týkající se daného sporu. Přitom mnohem podstatnější jsou mediátorovy kvality z oblasti procesní a znalosti systému mediace. Strany se občas mylně domnívají, že dobrý advokát pro ně bude vždy dobrým mediátorem. Tato desinterpretace je patrně způsobena pocitem strany, že ji takový mediátor dá zapravdu při ohodnocení jejího sporu a vyvede jí prostřednictvím mediace z osidel soudního řízení, přitom však rozhodne v její prospěch. Jak známo, takový náhled na věc je lichý.

Tím ostatně narážíme na první požadovanou vlastnost mediátora – měl by být schopný stranám lehce a jednoduše vysvětlit, jak proces mediace funguje, jaké jsou jeho výhody a jaká je jeho role.⁴

Dalším významným faktorem jsou psychologické schopnosti mediátora, který musí být sto odhadnout všechny zúčastněné a daným podmínkám následně přizpůsobit řízení. Na druhou stranu občas prezentované názory, že mediátor musí být především psycholog bez právního vzdělání, jsou minimálně v oblasti obchodních vztahů neopodstatněné. Mediace je řešením sporu a právo od něj nelze separovat. V oblasti obchodu a především obchodu mezinárodního jsou spory tvořeny obrovskou masou právních vztahů, které chování aktérů nejenom významně ovlivňují, ale současně limitují. Jen těžko si lze představit, že by se v tomto systému někdo bez právního vzdělání vůbec zorientoval, natož aby stranám mohl účinně pomoci. Dobrý mediátor musí zkrátka znát vztahy mezi jednotlivými složkami obchodních společností, mezi jejich právními zástupci, členy představenstva a společníky.

Na druhou stranu, ani složku psychologickou nelze podceňovat, jelikož mediátor také musí být schopný odhadnout, kdo hraje v komplexu vztahů jakou roli, a to včetně osob, které se v mediační místnosti neobjeví, jakými jsou různí experti, podnikoví právníci či jen osoby s morálním vlivem na společnost, které označujeme pojmem *opinion maker*. Tedy osoby, které bez právního titulu ovlivňují chování těch, kteří rozhodují (*decision-maker*).⁵

⁴ LURIE, P.: *What to Look for in a Mediator*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 37.

⁵ Jinými slovy jde o to, aby mediátor nenechal vstupy typu „*Můj právník (kterému platím hromadu peněz) mi říká, že ten spor nemůžeme prohrát*“ příliš ovlivňovat mediační řízení.

Mezi nezbytné vlastnosti mediátora patří také schopnost odhadnout spor, respektive poznat, zdali je tento vhodný k řešení formou mediace.

Jak však takový mediátor všechny tyto požadavky získá? Tak jako v mnoha profesích, i zde je klíčová kombinace vzdělání a zkušeností. V současnosti české vysokoškolské prostředí první požadavek nenabízí, proto je, zdá se, nezbytné, aby mediátor studoval mediaci v zahraničí. Místní instituce a mediátoři sice nabízejí nejrozličnější školení a kurzy různých úrovní, avšak vzhledem k jejich krátkodobosti je lze považovat spíše za doplněk než za komplexní edukativní prostředek, jaký je nabízen formou studia na vysokých školách v zahraničí.

1.2 Výběr mediátora

Otázkou klíčovou pro strany nebo pro jejich právní zástupce zůstává, kde takového mediátora nalézt. Jednoznačně na prvním místě lze navrhnout doporučení někoho, kdo již mediačním řízením prošel a byl s prací mediátora spokojen.

České Ministerstvo spravedlnosti vede na svých webových stránkách seznam zapsaných mediátorů (<http://mediatori.justice.cz/>), což jsou mediátoři, kteří mohou vést řízení podle zákona o mediaci.⁶ Vzhledem k tomu, co již bylo řečeno, lze doporučit, aby si strany vybíraly osobu z tohoto seznamu.

Některé významné mediační instituce seznam mediátorů zveřejňují i s jejich zkušenostmi a seznamem publikované literatury.⁷ Ta může být pro rozhodnutí klíčová, neboť v ní autor/mediátor odhaluje svůj pohled na mnohá témata a odpovídá tak na potencionální dotazy svých klientů.

Navíc takové instituce mohou kvalitu mediátora zaručit a současně na průběh mediace dohlédnout. Na druhou stranu je důležité mít se na pozoru nad nejrozličnějšími asociacemi a spolky, které se za instituci podle názvu vydávají, ale podmínky pro efektivní správu případů nezaručují. Takových je v každém případě po světě k nalezení nemálo.

Pokud se týká již samotného výběru, pak lze proces hledání vhodného mediátora rozdělit do dvou kroků: Jednak lokalizace vhodných kandidátů, jednak výběr mezi těmito.⁸ Pokud se týká

⁶ V současné době je na něm zapsáno přes 80 osob (stav k 14. říjnu 2013).

⁷ Příkladem může být AAA (*American Arbitration Association*), ICDR (*International Centre for Dispute Resolution*) nebo JAMS.

⁸ Srovnej MCILWRATH, M. – SAVAGE, J.: *International Arbitration on and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, s. 187.

hodnotících kritérií, je dobré vzít v potaz následující faktory, nikoliv nutně v pořadí, v jakém jsou uvedeny:

- a) Přijatelnost pro druhou stranu
- b) Doporučení
- c) Zápis na seznamu mediátorů
- d) Používané metody
- e) Mezinárodní zkušenosti
- f) Zkušenosti se systémem mediací podle českého právního řádu
- g) Schopnost komunikace
- h) Vzdělání
- i) Časová dostupnost
- j) Finanční podmínky
- k) Publikační činnost

Zpravidla je čistě na stranách, aby si mediátora vybraly, a to i v případě, že je jim přikázané první setkání s mediátorem podle příslušných ustanovení OSŘ. Jsou ovšem situace, zejména v mezinárodním kontextu, kdy mohou být strany tohoto privilegia zbaveny. Tak je tomu například u francouzského CPC,⁹ kde mají strany alespoň možnost ovlivnit výběr svým názorem, nebo v případě německého práva, kde může být jejich vliv na výběr.¹⁰

2. POVINNOSTI

Jako každá jiná právem aprobovaná funkce i tato vyžaduje po osobách, které ji vykonávají, určité penzum povinností, jež je nutné splnit. Jejich zdrojem je samozřejmě nejčastěji zákon či jiná norma, která mediaci upravuje, ovšem velmi často se také objevují v nezávazných etických kodexech, jež se mediátoři dobrovolně rozhodnou následovat. Další pravidla pak mohou stanovovat smlouvy o provedení mediace a eventuálně pravidla mediačních institucí.

Není bez zajímavosti, že celkově ve světě existuje velmi malé množství soudních rozhodnutí týkajících se osoby mediátora a jeho povinností. Z toho lze usoudit, že s plněním povinností nemají mediátoři příliš mnoho obtíží a že i v případě určitých porušení zjevně strany nemají zájem domáhat se na nich nápravy či náhrady.¹¹

⁹ Srovnej článek CPC, Article 131-1.

¹⁰ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 115.

¹¹ ALEXADER, s. 215; COBEN, J. R. – THOMPSON, P. N.: *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation*, in Harvard Negotiation Law Review, No. 11, Vol. 43, 2006, s. 95n.

Všeobecně řečeno a s rezervou specifických úprav v jednotlivých jurisdikcích, jakož i v konkrétních situacích, lze vypočítat, že mediátor má následujících šest základních povinností:

1. Poučovací povinnost (2.1)
2. Povinnost zůstat nezávislý a nestranný (2.2)
3. Oznamovací povinnost (2.3)
4. Povinnost vést spravedlivý proces (2.4)
5. Povinnost za určitých okolností ukončit mediaci (2.5)
6. Povinnost mlčenlivosti¹²

Kromě výše zmíněných lze vystopovat ještě další se spíše okrajovým významem, tzv. reziduální. (2.6).

2.1 Poučovací povinnost

Tato povinnost odráží skutečnost, že strany zpravidla nemají s mediací příliš zkušeností, a proto musí být ve zvýšené míře informovány. Mediátor tak musí stranám objasnit průběh procesu a jeho případné následky na práva a povinnosti stran, dále by měl stranám ozřejmit, v čem spočívá jejich role.

Český zákon o mediaci upravuje poučovací povinnost ve svém § 3 odst. (4): „*Před zahájením mediace je mediátor povinen poučit strany konfliktu o svém postavení při mediaci, o účelu a zásadách mediace, o účincích smlouvy o provedení mediace a mediační dohody, o možnosti mediaci kdykoliv ukončit, o odměně mediátora za provedenou mediaci a o nákladech mediace. Mediátor je povinen strany konfliktu výslovně poučit o tom, že zahájením mediace není dotčeno právo stran konfliktu domáhat se ochrany svých práv a oprávněných zájmů soudní cestou a že za obsah mediační dohody jsou odpovědné pouze strany konfliktu.*“

Zapsaný mediátor tak musí stranám vysvětlit zejména následující:

- a) **Postavení mediátora při mediaci** – tj. zejména jeho nedirektivní roli v řízení, k čemuž Evropský kodex chování pro zprostředkovatele dodává: „*Zprostředkovatel se musí ubezpečit, že strany účastníci se zprostředkovacího procesu tomuto procesu, roli zprostředkovatele i roli stran rozumí. Zprostředkovatel musí především zajistit, aby strany před zahájením zprostředkovacího procesu pochopily a výslovně odsouhlasily ustanovení a podmínky dohody o zprostředkování, a to včetně veškerých příslušných*

¹² Povinnosti mlčenlivosti je probrána podrobněji v IV. části této práce.

*ustanovení o zachování důvěrnosti, kterými je vázán zprostředkovatel a zúčastněné strany.*¹³

- b) **Účel mediace** – tedy zejména nalezení smírného řešení sporu
- c) **Zásady mediace** – jako je dobrovolnost, hledání konsensu, mlčenlivost, etc.
- d) **Účinky smlouvy o provedení mediace** - zejména stavění promlčecích a prekluzivních lhůt
- e) **Účinky mediační dohody** – tj. zejména vysvětlit novaci vztahů a skutečnost, že za ní není mediátor zodpovědný. K tomu dodává Kodex ve svém čl. 3.3 alinea 3: *„Zprostředkovatel musí na žádost stran a v rámci rozsahu své pravomoci strany informovat o tom, jak mohou formalizovat svou dohodu a jaké jsou možnosti učinit dohodu vymahatelnou.“*
- f) **Možnost mediaci kdykoliv ukončit**
- g) **Odměna a náklady mediátora** - na tuto povinnost pamatuje i Evropský kodex pro zprostředkovatele: *„Zprostředkovatelé musí vždy poskytnout stranám úplné informace o způsobu odměňování, který mají v úmyslu uplatnit, pokud tyto informace nebyly již poskytnuty. Nesmí souhlasit se svou účastí na zprostředkování dříve, než všechny zúčastněné strany akceptují zásady jejich odměňování.“*¹⁴

Konečně každý mediátor musí strany výslovně poučit o tom, že zahájením mediace není dotčeno právo stran konfliktu domáhat se ochrany svých práv a oprávněných zájmů soudní cestou a že za obsah mediační dohody jsou odpovědné pouze strany konfliktu.“

2.2 Povinnost zůstat nezávislý a nestranný

Nezávislost a nestrannost jsou všeobecně považovány za klíčový bod pro všechny ADR řízení, mediaci z toho nevyjímaje.¹⁵ Někteří autoři dokonce používají nestrannost jako přímo klíčový element pro definování mediace.¹⁶

2.2.1 Hledání definice

Přitom samotné termíny *nezávislý* a *nestranný* jsou používány nepřesně a často se zaměňují, ačkoliv mají odlišný význam. Do toho ještě vstupuje skutečnost, že se občas užívá také pojmu *neutrální*. Pro přesné pochopení jejich významu je potřeba naleznout jejich přesnou definici.

¹³ Srovnej čl. 3.1 Evropského kodexu chování pro zprostředkovatele.

¹⁴ Srovnej ibid, čl. 1.3.

¹⁵ VON LEWINSKI, K: *Professional Ethics in Alternative Dispute Resolution*, 15 (3) IDR 150, 150 (2004).

¹⁶ „*The non-binding intervention by an impartial third party who helps the disputants negotiate an agreement.*“ BÜHRING-UHLE, CH. – KIRCHHOF, L. - SCHERER, M. (eds.): *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan Rijn: Kluwer Law International, 2006.

Nestrannost lze definovat jako synonymum pro nepodjatost či pro nezaujatost. Jinými slovy by se dalo říci, že osoba nestranná je svým způsobem lhostejná k výsledku.¹⁷ Samotné české slovo nestranný v sobě vlastně obsahuje kmen *strana* a ukazuje tím na absenci preference vůči některé ze stran zúčastněných na sporu.

Oproti tomu *nezávislost* znamená tři absence:

- 1) Absence kontroly či vlivu jiného,
- 2) absence spojení s jinou entitou a
- 3) absence závislosti na někom či na něčem dalším.¹⁸

Neutrálnost pak lze chápat jako takový stav, kdy je třetí osoba současně nezávislá i nestranná. Tyto dvě vlastnosti se totiž neimplikují, a tak může současně existovat osoba závislá ale nestranná, ale také nezávislá, ale stranící jedné ze stran.

Příkladem první kombinace může být některý zaměstnanec, který bude vést mediaci vnitropodnikového sporu. Oproti tomu v druhém případě může jít o nezávislého mediátora, který má vůči druhé straně z nejruznějších, kupříkladu rasových či genderových důvodů předsudky.

2.2.2 *Zákonné požadavky*

Zákon o mediaci požaduje po mediátorovi ve svém § 8, aby prováděl „*mediaci osobně, nezávisle, nestranně a s náležitou odbornou péčí*“. Evropský kodex chování pro zprostředkovatele k tomu ve svém čl. 2.2 dodává: „*Zprostředkovatelé musí ve vztahu ke stranám vždy jednat nestranně a usilovat o to, aby byla jejich nestrannost zřejmá, a sloužit v průběhu zprostředkovacího procesu všem stranám stejně*.“ Obdobně modelový zákon UNCITRAL o conciliaci požaduje „*ustanovení nezávislého a nestranného conciliátora*“.¹⁹

Ostatně nezávislost a nestrannost je všeobecně akceptovaná většinou právních řádů, včetně Slovenska,²⁰ Německa²¹ nebo Francie.²² Specifický přístup zvolily Spojené státy

¹⁷ Anglicky *unbiased or disinterested*. Srovnej GARNER, B. A. (ed.), Black's Law Dictionary, St. Paul: West - A Thomas Reuters business 820 (9th ed. 2009), s. 820.

¹⁸ V angličtině: „*Absence of control or influence of another, absence of association with another entity and absence of dependence on something or someone else*.“ Srovnej ibid., s. 839.

¹⁹ V angličtině: „*the appointment of an independent and impartial conciliator*.“ Srovnej 'United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), 'UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, Art. 5, 19. listopad 2002.

²⁰ Tak kupříkladu Slovenský mediační zákon ve svém čl. 4 praví: „(2) *Mediátor je povinný vykonávať svoju činnosť nezávisle, nestranne, dôsledne, s náležitou odbornou starostlivosťou, poučiť osoby zúčastnené na mediácii, o ich právach, ktoré môžu byť mediáciou dotknuté a bez zbytočného odkladu informovať osoby zúčastnené na mediácii o všetkých skutočnostiach, pre ktoré by mohol byť z výkonu mediácie vylúčený, ak so*

prostřednictvím svého *jednotícího mediačního zákona* (UMA²³), jenž byl přijat v rámci tzv. *Uniform Law Commission* v roce 2003 za účelem postupného dobrovolného přijetí v jednotlivých státech federace.²⁴ Navrhovatelé zákona zdůraznili nutnost *neutrality* a *nestrannosti* pro celkovou integritu mediačního řízení a pro důvěru, která je nutná, aby byla mediace využívána.²⁵ Nicméně současně obsahuje UMA ustanovení velmi originální a specifické, jež je jiným zákonům neznámé. Jde o čl. 9 (g), jenž zní: „*Mediátor musí být nestranný, ledaže po oznámení skutečností požadovaných v odstavci (a) a (b) by se strany dohodly jinak.*“²⁶ Jinými slovy UMA umožňuje, aby za určitých okolností prováděl mediaci nikoliv nestranný mediátor, pokud s tím ovšem strany vyjádří souhlas. Je pravda, že toto ustanovení jednotícího zákona umožňuje opci, takže jeho přijetí není nezbytně nutné. Na druhou stranu z celkového počtu jedenácti států, které již UMA přijaly, se pouze tři rozhodly toto ustanovení vynechat.²⁷

Tak jako tak je však všeobecná tendence v případě legislativních aktů zřejmá – zákony jednotlivých zemí požadují, aby byl mediátor nestranný i nezávislý. Kromě toho však takovou kvalitu předpokládají i prakticky všechny mezinárodní ADR instituce, které mediaci ve svých

zreťelom na jeho pomer k veci alebo k osobám zúčastneným na mediácii možno mať pochybnosti o jeho nezáujatosti.“

²¹ Německý mediační zákon v článku 1 odstavci 2: „*Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.*“

²² Francouzský CPC v ustanovení čl. 1530 praví: „*La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, (...) de tout processus structuré (...)*“

²³ V angličtině *Uniform Mediation Act*.

²⁴ Do roku 2013 byl UMA přijat v následujících státech: Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, Jižní Dakota, Utah, Vermont, Washington a Washington DC. Legislativní proces běží ve státech Havaj, Massachusetts, New York. Srovnej webové stránky *The National Conference of Commissioners: The Uniform Mediation Act*, dostupný na <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>, [citováno k 24. červnu 2013].

²⁵ Srovnej THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAW: *The Uniform Mediation Act - Comments Uniform Mediation Act (Last Revised or Amended in 2003)*, 10. prosinec 2003, s. 9, dostupné online na: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf, [citováno k 24. červnu 2013].

²⁶ V originále: „*A mediator must be impartial, unless after disclosure of the facts required in subsections (a) and (b) to be disclosed, the parties agree otherwise.*“

²⁷ Státy, které optovaly a naopak nikoliv shrnuje následující tabulka (Zdroj: SVATOŠ, M.: *Independence and impartiality of arbitrators and mediators – The Castor and Pollux of the ADR world?*, připravovaný článek pro BĚLOHLÁVEK, A. J. – ČERNÝ, F. – ROZEHNALOVÁ, N. (eds.): *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration - 2014*).

Státy, jež optovaly pro ustanovení čl. 9(g)	Státy, jež neoptovaly pro ustanovení čl. 9(g)
District of Columbia, Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, Ohio, Utah, Vermont	New Jersey, Jižní Dakota, Washington

pravidlech upravují. Zajímavé však je, že tak, pokud se terminologie týče, nečiní jednotně, což shrnuje následující tabulka:²⁸

Tabulka 6: Terminologie užitá v pravidlech jednotlivých ADR center

ADR Instituce	Mediátor
ICC	Nestranný, nezávislý
LCIA	Nestranný, nezávislý
AAA ²⁹	Nestranný
WIPO ³⁰	Nestranný, nezávislý, neutrální
CAM ³¹	Nestranný, nezávislý, neutrální
SCC ³²	Nestranný, nezávislý
UNCITRAL ³³	Nestranný, nezávislý

2.2.3 Kritika konceptu neutrality

Na druhou stranu existují autoři, kteří význam *neutrality* snižují a vyzdvihují spíše transparentnost procesu a maximalizaci kontroly stran nad řízením, ba se dokonce zamýšlí nad tím, zdali je opravdová neutralita skutečně možná.³⁴ V tomto směru je odkazováno na průzkumy, které míru mediátorovy neutrality relativizují. Podle jejich výsledků vlastně průměrný mediátor podvědomě či vědomě ovlivňuje strany, aby jim pomohl nalézt řešení, vůči kterému však rozhodně není bez emocí. Podle H. Astorové si však nelze představovat, že by se jednalo o jakési „*machiavelistické mediátory, dychtivé vnucovat druhým své chápání světa (...) ale spíše aktéry, kteří ovlivňující obsah a výstup z mediace i přes prohlašovanou neutralitu (...)*“³⁵ Pro úplnost je však třeba dodat, že takový názor je spíše menšinový.

Na druhou stranu není zanedbatelným argumentem fakt, že různé druhy mediace budou vyžadovat různou míru neutrality. Kupříkladu komunitní a jiné tradiční mediace budou představovat interakce osob, které se budou velmi dobře znát, a tudíž míra jejich nestrannosti i nezávislosti bude různá bez negativního vlivu na účel a úspěch takové mediace. Tím je ovšem současně zcela jasně stanoven limit takového přístupu, který při řešení obchodních sporů rozhodně nebude mít místo.

²⁸ Viz ibid, (upraveno).

²⁹ The American Arbitration Association.

³⁰ The WIPO Arbitration and Mediation Center.

³¹ The Chamber of Arbitration of Milan (CAM).

³² The Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

³³ UNCITRAL není ADR institucí, avšak nabízí pravidla pro vedení mezinárodní konciliace.

³⁴ Srovnej k tomu ASTOR, H.: *Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice*, Legal Studies Research Paper No. 07/46, 2007, s. 13.

³⁵ Ibid, s. 5.

2.2.4 Vyjádření právního názoru

V rámci mediace se do neutrality zahrnuje také chování mediátora vůči stranám, které může mít nejrůznější formy a projevy. K úvaze v tomto směru vybízí poskytování právního názoru. Některé mediační styly tento institut celkově zavrhuje.³⁶ Český zákon o mediaci k tomu dodává, že „*Mediátor nesmí ohledně konfliktu, ve kterém vede nebo vedl mediaci nebo činil kroky k přípravě mediace, poskytovat právní služby podle jiného právního předpisu, i když je jinak k jejich poskytování oprávněn. Za právní službu se nepovažuje vyjádření právního názoru mediátora v průběhu mediace na věc stran konfliktu nebo některou její dílčí otázku.*“³⁷

Důvodová zpráva k tomuto ustanovení praví, že mediátor – advokát nesmí stranám poskytovat právní poradenství. V jednom případě může tak vystupovat buď jako advokát, nebo jako mediátor. Riziko je totiž spatřováno v tom, že dotýčný by při výkonu role mediátora a současném poskytování právních služeb jedné ze stran zavedl důvod k pochybám o své nepodjatosti. Navíc, pokud by se původní mediátor stal následně advokátem jedné strany, nešlo by vyloučit, že by v tomto směru došlo k zneužití informací získaných během mediačního řízení ve prospěch advokátem zastupovaného mandanta. Takový postup by bylo nutné hodnotit jako neautorizovanou právní praxi.³⁸ Pouhé vyjádření právního názoru v konkrétní záležitosti se však za právní službu nepovažuje.³⁹

Zůstává otázkou, nakolik lze od mediátora očekávat hodnocení právní situace sporu a eventuální aktivní navrhování řešení problému. Přístup k této problematice rozhodně není jednotný.

Tak kupříkladu mediační pravidla CIDRA⁴⁰ jsou vůči jakékoliv takové aktivitě mediátora vysloveně nepřátelská. Ve svém čl. 15 výslovně zakazují mediátorovi navrhnout jakákoliv řešení⁴¹ a v čl. 20 (1) i shrnují, že mediátor neposkytuje právní rady.⁴² Na druhou stranu, kupříkladu v arabské kultuře všeobecně se předpokládá, že mediátor bude mít odpovědi a

³⁶ ALEXANDER, op. cit., s. 223.

³⁷ §8 odst. 2 zákona o mediaci.

³⁸ V angličtině *unauthorised practice of law*. Srovnej ALEXANDER s. 223.

³⁹ Srovnej Důvodová zpráva, s. 26. Stejně tak by se pro potřeby zákona o mediaci nemělo za právní službu považovat rozhodování podle zákona o rozhodčím řízení, což by jinak znemožnilo využívání MED-ARB řízení v českém prostředí. Takový přístup by zcela odporoval světovému vývoji. Ovšem považovat činnost rozhodce za právní službu samo o sobě není správné už z toho důvodu, že rozhodce nemusí vždy rozhodovat na základě práva, ale také na základě technického či jiného podkladu, nebo dokonce na základě spravedlnosti (*ex aequo et bonno*). Navíc důvodovou zprávou užitý argument ohledně možného zneužití informací mediátorem-advokátem na rozhodce dost dobře vztáhnout nelze. Lze tedy předpokládat, že toto ustanovení bylo míněno toliko ve vztahu k advokátní profesi.

⁴⁰ *Chicago International Dispute Resolution Association*.

⁴¹ V originále: „*The mediator does not have the authority to impose a settlement on the parties (...).*“

⁴² V originále: „*(...) the mediator does not provide legal advice (...).*“

řešení pro všechno.⁴³ Z tohoto důvodu bude v případě mezinárodní mediace velmi záležet na konkrétní zvolené osobě.

2.3 Oznamovací povinnost

Povinnost mediátora informovat strany o všech okolnostech, jež by mohly zpochybnit jeho nepodjatost, je vlastně zrcadlovým odrazem institutu *nestrannosti* a *nezávislosti*. Tak jako v předchozím případě, i zde se jedná o dlouhodobě trvající povinnost, které musí mediátor vyjít zadosť po celou dobu řízení.

2.3.1 Normy požadující oznamování

V § 8 zákon ukládá mediátorovi „bez zbytečného odkladu informovat strany konfliktu o všech skutečnostech, pro které by se zřetelem na jeho poměr k věci, ke stranám konfliktu nebo k jejich zástupcům mohl být důvod pochybovat o jeho nepodjatosti (...).“

Také článek 2.1 Evropského kodexu na danou situaci pamatuje: „Pokud se vyskytnou okolnosti, které mohou mít vliv na nezávislost zprostředkovatele nebo zapříčinit střet zájmů nebo které mohou být za takové okolnosti považovány, je zprostředkovatel povinen sdělit tyto okolnosti zúčastněným stranám před tím, než bude jednat či v jednání pokračovat.

K těmto okolnostem patří:

- jakékoli osobní nebo obchodní vztahy s jednou ze stran či více stranami,
- jakýkoli finanční nebo jiný zájem na výsledku zprostředkování, a to přímý i nepřímý,
- skutečnost, že zprostředkovatel nebo člen jeho firmy jednal pro jednu ze stran či více stran z jiného titulu než z titulu zprostředkovatele.

V těchto případech může zprostředkovatel se svou účastí na zprostředkování souhlasit nebo ve zprostředkování pokračovat pouze tehdy, je-li si jist svou schopností je vést zcela nezávisle a neutrálně tak, aby byla zajištěna úplná nestrannost, a strany s tím výslovně souhlasí.

Povinnost sdělit dotčené okolnosti platí po celou dobu trvání zprostředkovacího procesu.“

2.3.2 Soudní rozhodnutí

K povinnosti oznamovací se několikrát vyjádřily americké soudy, jejichž text není prost zajímavosti. Tak kupříkladu v případě *Lehrer v Zwernemann*⁴⁴ z USA, který velmi výstižně

⁴³ Srovnej IRANI, G. E.: *Islamic Mediation Techniques for Middle East Conflicts*, 2000, online text dostupný na <http://www.mediate.com/articles/mideast.cfm>, [citováno k 1. září 2013].

shrnuje, že splněním oznamovací povinnosti se zpravidla odstraní i potencionální střet zájmů: „Je zřejmé, že odvolatel měl alespoň rámcovou znalost o předchozím profesionálním vztahu, než se konala mediace. (...) před mediací informoval, (...) že se spolu podíleli na mnoha právních záležitostech.“⁴⁵

V jiné americké kauze – *Isaacson v Isaacson* bylo naopak ilustrováno, že určitá oznámení musí být z důvodu své závažnosti následována rezignací na post mediátora.⁴⁶ V tomto případě měla jedna osoba jednat jako mediátor a současně jako opatrovník,⁴⁷ který měl reprezentovat zájmy dětí a dát soudu návrh na příslušné rozhodnutí. Ten k tomu dodal, že „*tyto funkce jsou z podstaty natolik ve vzájemném konfliktu, že naplnění jedné role nutně znemožňuje plnění role druhé.*“⁴⁸

2.4 Povinnost vést spravedlivý proces

Zákon o mediaci klade na tuto velmi důležitou potřebu důraz, když mediátorům ukládá, že mají „*respektovat názory stran konfliktu a vytvářet podmínky pro jejich vzájemnou komunikaci a pro nalezení řešení, které zohledňuje zájmy obou stran a které v případě, kdy se předmět konfliktu bezprostředně týká práv nezletilého dítěte, zohledňuje zejména zájem dítěte.*“⁴⁹

V tomto směru nezůstává pozadu ani Evropský kodex chování zprostředkovatele, v jehož článku 3.1 se praví, že je mediátor „*povinen vést řízení náležitým způsobem s přihlédnutím k okolnostem případu, včetně možného nerovného postavení stran a případných přání zúčastněných stran, zásadám právního státu a potřebě urychleného urovnání sporu.*“ V následujícím odstavci 3.2 nadepsaném doslova *Spravedlnost procesu* Kodex dodává: „*Zprostředkovatel musí zaručit, aby všechny strany měly přiměřenou možnost se do procesu zapojit.*“ Je zcela zjevné, že spravedlivý proces je do značné míry provázán s neutralitou mediátora.⁵⁰

⁴⁴ Srovnej *Lehrer v Zwernemann*, 14 S.W.3d 775 (2000), Court of Appeals of Texas, Houston (1st Dist.). 17. únor 2000.

⁴⁵ V originále: „*Further, it is apparent that appellant had, at a minimum, constructive knowledge of the prior professional relationship before the mediation took place. (...) before the mediation, he informed (...) had been involved in numerous legal matters.*“

⁴⁶ Srovnej *Isaacson v Isaacson*, 348 N.J. Super, 792 A. 2d, 11. prosince 2001.

⁴⁷ V originále: „*Guardian ad litem.*“

⁴⁸ „*The positions are so inherently conflicting that fulfillment of one role necessarily precludes serving in the other.*“ Srovnej *ibid*, čl. II.

⁴⁹ Viz § 8 zákona o mediaci.

⁵⁰ K tomu viz výše.

2.5 Povinnost za určitých okolností ukončit mediaci

Zvláštní avšak velmi důležitou povinností mediátora je za určitých okolností mediaci ukončit. Český zákon o mediaci to ve svém §6 odstavci (1) zakotvuje následujícím způsobem: „*Mediátor již zahájenou mediaci ukončí, jestliže a) vznikne podle § 5 odst. 1 důvod pochybovat o jeho nepodjatosti, nebo b) se strany konfliktu s mediátorem nesešly déle než 1 rok.*“

Evropský kodex chování zprostředkovatele k tomu v odstavci 3.3 dodává, že mediátor „*musí informovat strany a může ukončit zprostředkování, pokud:*

- *dochází k takovému urovnání sporu, které se zprostředkovateli zdá být z hlediska okolností případu a posuzovací pravomoci zprostředkovatele nevymahatelné nebo nezákonné,*
- *má zprostředkovatel za to, že další pokračování zprostředkovacího procesu pravděpodobně nepovede k urovnání sporu.*“ Je zajímavé, že podle tohoto přístupu postačuje, aby mediátor o takové situaci toliko informoval a rozhodnutí samotné nechal na stranách.

Nutno dodat, že povinnost zvážit ukončení procesu by měla být chápána v poněkud širším světle. Mediátor totiž má na vedení řízení svůj osobní finanční zájem, neboť je zpravidla odměňován podle hodinové či eventuálně denní sazby. Mohlo by se tedy zdát, že za určitých okolností by mohl řízení prodlužovat, ačkoliv by bylo zřejmé, že se jedná o ztrátu času. Takový přístup by byl samozřejmě neetický a současně v rozporu s ustanovením § 8 (1) a) zákona o mediaci.

Jako vodítko pro situace, kdy by tedy měl mediátor řízení ukončit, může posloužit následující výčet:

- a) Jedna strana nebo její právní zástupce vedou mediaci čistě za účelem zisku informací, jež chtějí využít v dalších fázích řešení sporu,
- b) jedna strana nebo její právní zástupce na mediaci aktivně neparticipují,
- c) jedna strana nebo její právní zástupce nejsou ochotny sdělit informace klíčové pro vyřešení celého sporu,
- d) jedna strana nebo její právní zástupce úmyslně vytvářejí obstrukce bránící průběhu mediace,
- e) jedna strana nebo její právní zástupce jinak jednají ve zlé víře, nebo

- f) mediátor se dozví o trestném činu či jiném zavrženíhodném chování v souvislosti s probíhající mediací, který je s odborným výkonem mediace neslučitelný.⁵¹

Na druhou stranu je vždy nutné vzít v potaz zásadu subsidiarity, a pokud je možné problém vyřešit jinak, postupovat tímto způsobem.

2.6 Reziduální povinnosti

Kromě zmíněných základních povinností mediátora je možné vysledovat ještě další, které se však svojí závažností od předchozích liší. Půjde zejména o povinnost neustále se vzdělávat (2.6.1), kterou znají i jiné právní řády, a dále o specifické, zpravidla technické povinnosti, které se na osobu zapsaného mediátora podle českého právního řádu vztahují (2.6.2).

2.6.1 Povinnost dostatečné kvalifikace

Specifickou povinností mediátora je nutnost studovat a jinak se profesně neustále rozvíjet. Tento princip je také vyjádřen v §8 zákona o mediaci, který mediátora zavazuje „*soustavně se vzdělávat a prohlubovat své odborné znalosti pro řádný výkon činnosti mediátora*“, a současně v čl. 1.2 Evropského kodexu chování zprostředkovatele: „*Před souhlasem se svým jmenováním si zprostředkovatelé musí ověřit, zda mají potřebnou kvalifikaci a způsobilost na vedení zprostředkování v daném případě. Na požádání musí stranám poskytnout informace o své kvalifikaci a odborné praxi.*“

Vzdělání jakož i všeobecný rozvoj je vnímán jako nesmírně důležitý i pro celou řadu dalších profesí a tak zůstává otázkou, proč právě mediátorům je ukládána takto výslovně.

2.6.2 Povinnosti zapsaného mediátora

Český zákon o mediaci také upravuje celou řadu dalších povinností zapsaného mediátora, ovšem jak již bylo řečeno výše, tato úprava se vztahuje toliko na osoby zapsané v seznamu mediátorů vedených Ministerstvem spravedlnosti a nikoliv na ostatní mediátory.

Zapsaný mediátor má následující zejména procesní povinnosti:

- a) stvrdit svým podpisem mediační dohodu, která byla uzavřena stranami konfliktu v rámci mediace, a vyznačit datum, kdy byla mediační dohoda uzavřena,
- b) vydat stranám konfliktu na požádání potvrzení o tom, kdy bylo stranám konfliktu doručeno prohlášení týkající se konce mediace,

⁵¹ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 224.

- c) v případě nařízeného setkání vydat stranám konfliktu potvrzení o tom, že splnily uloženou povinnost setkat se s mediátorem,
- d) vydat stranám konfliktu při ukončení mediace na požádání potvrzení o tom, že uzavřely mediační dohodu a v jaké věci,
- e) doručit ostatním stranám konfliktu písemné prohlášení jedné ze stran konfliktu, že v mediaci nebude nadále pokračovat,
- f) český zákon pak na mediátora zapsaného uvaluje ještě povinnost týkající se jeho označení: „*Mediátor je povinen při výkonu činnosti mediátora používat označení „zapsaný mediátor“ nebo „zapsaná mediátorka“.*“

V případě porušení některých povinností hrozí zapsanému mediátorovi sankce podle zákona o mediaci, respektive zákona č. 85/1996 Sb. o advokacii.

3 ODMĚNA MEDIÁTORA

Pokud jsme se doposud zabírali především povinnostmi mediátora, je třeba připomenout, že má také určité penzum práv, z nichž jistě nejdůležitější je právo na odměnu a na náhradu nákladů. Nejprve tedy pojednáme o odměně všeobecně (3.1), abychom se následně zamysleli nad možnostmi odměny mediátora za úspěšně zakončenou mediaci (3.2).

3.1 Odměna mediátora a náklady řízení

Zákon o mediaci upravuje odměnu mediátora v § 10, kde se v odstavci 1 praví, že: „*Mediátor má právo na sjednanou odměnu za provedenou mediaci a na náhradu sjednaných hotových výdajů. Hotovými výdaji jsou zejména cestovní výdaje, poštovné a náklady na pořízení opisů a kopií. Mediátor může od stran konfliktu žádat přiměřenou zálohu na odměnu za provedenou mediaci a náhradu sjednaných hotových výdajů.*“

Zákon se také vyjadřuje k principu dělení nákladů. Pokud se strany nedohodnou jinak, hradí sjednanou odměnu mediátora, jakož i náhradu jeho sjednaných hotových výdajů rovným dílem. Dále je pamatováno i na případ, kdy je soudem účastníkům řízení první setkání s mediátorem nařízeno. I v tomto případě je umožněno, aby se aktéři dohodli odlišně, ovšem neučiní-li tak, náleží mediátorovi odměna stanovená vyhláškou ministerstva spravedlnost,⁵² kterou hradí strany konfliktu opět rovným dílem.

⁵² Vyhláška ministerstva spravedlnosti č. 277/2012 Sb. ze dne 13. srpna 2012 o zkouškách a odměně mediátora § 15: „*Výše odměny za první setkání s mediátorem nařízené soudem činí 400 Kč za každou započatou hodinu. (...)*“ Pro kritiku této sazby viz CHOLENSKÝ, R.: *Jak odměnit mediátora, zejména za úspěšnou mediaci?* In Bulletin Advokacie, No. 6, 2013, s. 30-31.

Je zřejmé, že náklady na odměnu mediátora, ať již dosáhnou jakékoliv částky, budou pouhým zlomkem toho, co náklady na soudní řízení či arbitráž.⁵³ Nicméně odměna mediátora bude odlišná podle zvoleného případu, podle státu odkud bude pocházet, jakož i podle jeho kvalifikace.⁵⁴

Mediátor si zpravidla bude kromě sazby za samotnou mediaci účtovat také určité náklady na přípravu řízení a další administrativní práce. Samotnou odměnu pak bude určovat buď podle hodin, nebo dnů a ve výjimečných případech fixní sazbou bez ohledu na délku trvání mediace.

Jak již bylo řečeno, náklady na mediaci jsou zpravidla sdíleny stranami rovným dílem. I v tomto směru mohou existovat nejružnější výjimky. V úvahu připadá, že některá strana bude muset z nejružnějšího důvodu zrušit či přesunout mediační sezení,⁵⁵ což může vést ke vzniku určitých nákladů. Pak za ně bude zodpovědná tato strana.

Nesení nákladů jednou stranou však může mít i jiné opodstatnění. Lze si představit případ, kdy je jedna strana ekonomicky mnohem silnější než strana druhá a kdy tato strana na sebe dobrovolně vezme finanční stránku mediace. Možná je ovšem také situace, kdy si jedna strana přeje přesvědčit druhou stranu o výhodnosti mediace, a tak jí nabídne, že ponese náklady sama. V takovém případě může jít o výjimku vztahující se toliko na první setkání, ale i na celé řízení.

3.2 Poplatek za úspěch

Specifickou otázkou je, zdali je možné, aby si mediátor účtoval tzv. poplatek za úspěch (*success fee*), který znamená zvláštní odměnu pro mediátora v případě úspěchu mediace, tj. v případě přijetí dohody. Většina autorit tuto praxi nedoporučuje.⁵⁶ Všeobecně se totiž tzv. *contingent fee mediation* (CFM – podmíněné odměny za mediaci) nedoporučují z důvodu možného ovlivnění neutrality mediátora a zejména z důvodu možného ohrožení jeho nezájatosti vůči výstupu z mediace.

⁵³ Srovnej MCILWRATH – SAVAG, op. cit., s. 201.

⁵⁴ Viz ibid., s. 202.

⁵⁵ Srovnej ibid., s. 203-204.

⁵⁶ Pro diskuzi viz VAN LEYNSEELE, P.: *Několik úvah o odměně mediátorů za úspěch*, in: Bulletin Advokacie, No. 6, 2013, ss. 26-29.

Podmíněné odměny za mediaci obsahují všechna opatření, v rámci nichž je stanovena odměna v závislosti na charakteristice mediačního výstupu. Ten může být podmíněn typicky výší částky obsažené v dohodě, ale také časovým limitem nebo dohodnutou formou.⁵⁷

Z různých variant CFM přichází v úvahu:⁵⁸

- a) „*Procento z vyrovnání*“, kdy je odměna mediátora určena procentem z částky vyrovnání.
- b) Čistá „*odměna za úspěch*“ určená jako procento ze sporné částky na počátku mediačního řízení nebo jako pevná částka, přičemž je její vyplacení podmíněno dosažením vyrovnání stranami, a to bez ohledu na jeho povahu nebo formu.
- c) „*Procento uspořené náklady*“, které odpovídá poměrné částce odhadnutých úspor díky mediaci v porovnání se soudním procesem.
- d) „*Procento vytvořené hodnoty*“, které odpovídá poměrné částce *hodnoty nového řešení* vytvořené v mediaci.

Pokud se týká varianty a), panuje všeobecná shoda nad její nepřijatelností, neboť vytváří zájem mediátora na co možná nejvyšší dohodnuté částce, což by nutně vedlo k diskriminaci jedné ze stran. Takový způsob odměňování je přijatelný maximálně u advokáta žalobce, jelikož se jeho zájem se zájmem klienta v tomto směru shoduje.⁵⁹ Naopak v případě neutrálního mediátora by takový způsob odměny způsobil okolnosti, jež by v očích nezúčastněné třetí strany mohl vzbudit oprávněné pochybnosti o mediátorově nezaujatosti na výsledku mediace.

Varianta b) svým způsobem nenabývá rizikovosti předchozí možnosti, ovšem i tak by měla být zamítnuta z důvodu možné zaujatosti mediátora na výsledku, za nějž přitom nenese odpovědnost.

U variant c) a d) je zcela zřejmý problém v podobě jejich (ne)reálného odhadu, což může následně u stran vyvolat problém s vyčíslením mediátorovy odměny. Stále tak platí, že nejméně problematickým se jeví stanovení pevné odměny za mediaci, která nejenom, že neohrožuje mediátorovu neutralitu, ale také lépe odráží v ní obsažené základní principy. Kvalitně provedená mediace nemusí nutně znamenat mediaci zakončenou dohodou stran a

⁵⁷ PEPPE, S. R.: *Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation* in: Texas Law Review, Vol. 82 (2003), No. 2, ss 228-285.

⁵⁸ Přejato z VAN LEYNSEELE, P.: *Několik úvah o odměně mediátorů za úspěch*, in *Bulletin Advokacie*, Vol. 2013, No. 6, s. 28.

⁵⁹ Srovnej ibid.

naopak. Výstup totiž do značné míry závisí na vlastnostech stran a zkušený a kvalitní mediátor jim může pouze pomoci najít řešení a nikoliv dohodu zaručit. Za svou práci si tak zaslouží odpovídající odměnu bez ohledu na dosažený výsledek.

IV. MEDIAČNÍ ŘÍZENÍ

Never, never, never believe any war will be smooth and easy...

Sir Winston Churchill

Mediační řízení je vlastně srdcem samotné mediace, neboť právě během něho se spory stran řeší a hledá se jejich řešení. Ovšem právě proto, že mediace je jednání neformální a minimálně strukturované, souvisí s touto fází mediace relativně málo právně relevantních témat.

V podstatě se lze v tomto směru omezit na smlouvu o provedení mediace (1), jejímž podpisem se celé řízení zahajuje. Samotná mediace pak postupuje podle stranami dohodnutých a mediátorem určených pravidel, a to buď na bázi ad hoc řízení, nebo coby institucionalizovaná mediace (2). Přitom se na celý proces celou dobu vztahuje princip důvěrnosti (3), a to i po skončení celého procesu, který zpravidla ukončuje mediační dohoda (4).

1 SMLOUVA O PROVEDENÍ MEDIACE

Smlouva, kterou se zahajuje mediace, je patrně vůbec nejdůležitějším právním nástrojem v rámci mediace, neboť se s ní jednak určují procesní pravidla budoucí mediace, jednak jejím prostřednictvím mohou být doplněny povinnosti mediátora a v neposlední řadě se s ní celé mediační řízení zahajuje.

1.1 Obecně o smlouvě o provedení mediace

Účelem smlouvy o provedení mediace, jež se v angličtině označuje *agreement to mediate*, je vlastně vyjasnění vztahů mezi mediátorem a stranami a mezi stranami navzájem.¹ Podepisují ji zpravidla mediátor a strany a v některých případech také právní zástupci stran.² Pokud se má mediace vést podle pravidel některé instituce, je ve smlouvě většinou na její pravidla odkázáno.

¹ ALEXANDER, N.: *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2004, s. 209.

² Nikoliv za strany, ale za sebe. V opačném případě by se samozřejmě jednalo o klasické zastoupení.

Ve vztahu k mediačním doložkám lze dodat, že se i v případě, že původní smlouvy, které jsou předmětem sporu, mediaci předvídaly, se smlouva o provedení mediace zpravidla podepisuje.³

Závazky obsažené ve smlouvě o provedení mediace jsou samozřejmě závazné a tudíž vynutitelné případnou žalobou u soudu. Lze od nich taktéž odvodit případnou odpovědnost, pokud jsou tyto povinnosti porušeny, a to jak v případě mediátora, tak v případě stran.⁴

Ve všeobecné rovině by měla smlouva o provedení mediace obsahovat následující ustanovení, což ovšem neznamená, že je mít musí. Jde pouze o zcela praktické údaje, které mohou předejít případným problémům.

- a) Místo mediace,
- b) strany mediace,
- c) oprávnění k provedení mediace,
- d) určení mediátora, jeho kvalifikace⁵ a jmenování,
- e) rozsah předmětu mediace,
- f) provedení mediace včetně specifik komunikace, dokumentace a případného záznamu,
- g) popis účasti konkrétních osob zúčastněných na mediaci, včetně určení, kdo se může mediace účastnit⁶,
- h) odměna mediátora, kdo ji bude hradit, komu, jakým způsobem a do kdy,
- i) náhrada nákladů mediátora, kdo je bude hradit, komu, jakým způsobem a do kdy,
- j) stanovení principů mediace, zejména práva na spravedlivý proces, zásady rychlosti, efektivnosti a dobrovolnosti mediace,
- k) stručný popis mediačního řízení a jeho jednotlivých fází, včetně předmediační fáze a oddělených jednání, pokud je má mediátor v plánu využívat,
- l) časové určení trvání mediace,
- m) možnosti ukončení mediace,
- n) odkaz na použitelné právo, pokud má spor mezinárodní prvek,
- o) případný odkaz na institucionální pravidla,
- p) role a odpovědnost jednotlivých účastníků, včetně zástupců, znalců, překladatelů, svědků a dalších,

³ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 210.

⁴ Srovnej ibid, s. 211.

⁵ Zejména zdali je či není zapsaným mediátorem.

⁶ Například koncipienti nebo začínající mediátoři či jiní pozorovatelé.

- q) prohlášení stran o tom, že se mediace účastní v dobré víře, a o jejich spravedlivém a etickém přístupu,
- r) prohlášení o důvěrnosti mediátora a eventuálně stran,
- s) popis vztahu mediačního řízení k jiným řízením,
- t) eventuální určení dalšího postupu v případě neúspěchu mediace kupříkladu prostřednictvím rozhodčího řízení.⁷

Jak bylo popsáno výše, smlouva o provedení mediace samozřejmě nemusí obsahovat všechna tato ustanovení, ovšem pro potřeby kvalitně probíhající mediace bude vhodné, aby byla všechna tato témata vzata alespoň v úvahu.

1.2 Smlouva o provedení mediace podle českého práva

Duplicitní české řešení uznává smlouvu o provedení mediace podle zákona o mediaci, která způsobuje zákonem předvídané následky,⁸ a smlouvu, kterou může uzavřít prakticky kdokoli, ovšem bez těchto následků.

Zákon o mediaci definuje smlouvu o provedení mediace jako písemnou smlouvu mezi stranami konfliktu a nejméně jedním zapsaným mediátorem o provedení mediace. Jedná se tedy o smluvní typ *sui genesis*, na nějž se kromě základních standardů závazkového práva vztahují ještě zvláštní ustanovení zákona o mediaci. Je u ní tedy vyžadována písemná forma, přičemž její uzavření je možné toliko osobou, která je zapsána na seznamu zapsaných mediátorů.⁹

Podle § 4 zákona o mediaci je právě uzavřením smlouvy o provedení mediace zahájena mediace v souladu se zmíněným zákonem se všemi důsledky, které to má. Totéž ustanovení pak vyjmenovává její minimální náležitosti:

- a) označení stran konfliktu,
- b) jméno, popřípadě jména, příjmení a adresu místa podnikání mediátora,
- c) vymezení konfliktu, který je předmětem mediace,
- d) výši odměny mediátora za provedenou mediaci nebo způsob jejího určení, popřípadě ujednání o záloze nebo ujednání o tom, že mediace bude provedena bezplatně,

⁷ Výčet převzat z ALEXANDER, op. cit., s. 212-213. Upraveno autorem.

⁸ Zejména stavění promlčecích a prekluzivních lhůt.

⁹ Kromě českých zapsaných mediátorů to může být také hostující mediátor v souladu s § 19 zákona o mediaci: „(1) Činnost mediátora může v České republice vykonávat dočasně nebo příležitostně jako hostující mediátor za podmínek stanovených tímto zákonem též státní příslušník jiného členského státu nebo fyzická osoba uvedená v jiném právním předpisu.“

- e) dobu, po kterou má mediace probíhat, nebo ujednání o tom, že mediace má probíhat po dobu neurčitou.

Jak je vidět, české právo správně skutečně předvídá mediaci s minimalistickým počtem podstatných náležitostí, což ovšem neznamená, že by strany a mediátor neměly vzít v potaz další vhodná ustanovení, která by jejich vzájemné vztahy ošetřila.

2. MEDIACE AD HOC A MEDIACE INSTITUCIONALIZOVANÁ

Obdobně jako v případě rozhodčího řízení¹⁰ můžeme i mediaci podle typu její organizace dělit do dvou základních skupin, z nichž každá má své přednosti a nevýhody. Mediace tak může probíhat buď *ad hoc* (2.1), nebo ve své institucionalizované verzi (2.2), jejímž nejklassičtějším příkladem je mediace podle pravidel ICC (3).

2.1 Ad hoc mediace

Pokud mediace probíhá nezávisle na jakékoliv instituci a veškerý management řízení zajišťuje mediátor sám, respektive jeho administrativní zaměstnanci, jedná se o řízení *ad hoc*. To má výhodu v tom, že je jednoznačně levnější a svým způsobem i pružnější. Pokud se strany rozhodnou pro *ad hoc* mediaci, bude nutné si na začátku vytvořit pravidla, kterými se mediace bude řídit. Půjde zejména o možnost výměny dokumentů, jazyk, místo konání mediace, finanční stránka věci a mnohé další.

Mnohdy však může náročnost tohoto procesu zejména ve vztahu k obchodním sporům vést ke krachu celého řízení a tím zmaření mediace jako takové. Nechávat úpravu vztahů až na chvíli, kdy problém nastane, je i v mediaci nevhodné, neboť by taková situace mohla ohrozit postavení mediátora i celý mediační proces.¹¹

2.2 Mediace institucionalizovaná

2.2.1 Výhody a nevýhody institucionalizované mediace

Institucionalizovaná mediace je vhodná tím, že nabízí kompletní servis při spravování případů a dále tím, že zajišťuje, že vybraný neutrální bude opravdu zkušený a vhodný pro konkrétní případ. Za přínosnou lze také označit možnost využití vzorové mediační doložky, a tak zabránit tomu, aby její znění do budoucna způsobovalo některé problémy. Kromě toho, jak již

¹⁰ Srovnej např. ROZEHNALOVÁ, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vydání. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 65n.

¹¹ SEREC, F. E.: *Practical Considerations When Thinking About Mediation*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 8.

bylo řečeno, je v tomto směru zbytečné *znovu vynalézat kolo*.¹² Mediační doložky předních institucí mají totiž tu výhodu, že jsou prověřené a zaručeně plně funkční.

Instituce navíc dodává mediaci na věrohodnosti a jisté žádoucí prestiži. Kromě toho mohou její komunikační kanály sloužit k přesvědčování váhajících stran o výhodách mediace obecně a v neposlední řadě slouží jako vědecká instituce, pokud shromažďuje relevantní literaturu na téma ADR a pokud o vybraných problematikách publikuje.

Jistě nezanedbatelným přínosem je možnost řešit prostřednictvím instituce eventuální problémy mezi mediátorem a stranou, aniž by tím byla ohrožena celá mediace jako řízení. Pokud se týká komunikace mezi mediátorem a stranami, je v tomto směru výhodou, že mediátor neinkasuje od stran přímo finanční prostředky, což jej zbavuje velmi delikátní interakce se stranami. Pravidla jednotlivých institucí navíc pamatují na celou řadu případů, které by jinak v *ad hoc* řízení mohly způsobit zbytečné problémy.

Jedinou, avšak podstatnou nevýhodou institucionalizované mediace je její cena, která je oproti běžné mediaci o poznání vyšší. Je na zvážení stran, aby posoudily, zdali výhody, které jim instituce přinese, odpovídají rozdílu v ceně.

2.2.2 Exkurz do vývoje na poli institucí

Historii institucionalizace mediace lze rozdělit do dvou fází. První z nich je spojena s 80. léty a vznikem národních institucí věnujících se ADR řízení vnitrostátních sporů. Mezi tyto můžeme řadit kupříkladu CPR¹³ a JAMS¹⁴ ve Spojených státech amerických či CEDR ve Velké Británii.¹⁵

V polovině 90. let 20. století nastupuje druhá vlna této tendence s rozvojem mediačních center u velkých arbitrážních institucí, mezi nimiž se musí na prvním místě zmínit Mezinárodní obchodní komora neboli ICC¹⁶ se sídlem v Paříži, americká AAA¹⁷ nebo londýnská LCIA¹⁸ či Světová organizace duševního vlastnictví WIPO. Svá pravidla ale dnes mají i menší instituce s mezinárodním i vnitrostátním přesahem, jako je italská *Camera Arbitrale* či švédská SCC. V České republice zatím mediační instituce pohřbchu chybí.

¹² GRAHAM, J. A.: *Issues for Mediation Clauses*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 11.

¹³ *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, viz webové stránky CPR <http://www.cpradr.org/>, [citováno k 1. září 2013].

¹⁴ Viz webové stránky JAMS <http://www.jamsadr.com/>.

¹⁵ *Centre for Effective Dispute Resolution*, viz webové stránky <http://www.cedr.com/>.

¹⁶ Viz <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/adr/>.

¹⁷ Viz <http://www.aaamediation.com/>.

¹⁸ Viz http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Mediation.aspx.

Kromě toho dnes existuje celá řada specifických institucí, které upravují pravidla pro mediace týkající se specifických předmětů, jako například spory týkající se práv duševního vlastnictví,¹⁹ spory mezi investorem a hostujícím státem,²⁰ spory týkající se životního prostředí,²¹ jejichž jednou stranou je veřejnoprávní entita, nebo spory mezi státy.²²

2.3 Mediace podle Pravidel ICC

ICC Pravidla ADR jsou dnes jedny z nejčastěji používaných pravidel pro řešení sporů prostřednictvím mediace. Za jejich úspěchem lze spatřovat jednak dobré jméno jejich mateřské instituce (2.3.1), jejich samotnou kvalitu (2.3.2) a v neposlední řadě i komplexní systém, který ICC pro řešení sporů nabízí (2.3.3).

2.3.1 Od arbitráže k ADR

Typickým představitelem instituce poskytující ADR služby je Mezinárodní obchodní komora se sídlem v Paříži. Její ADR Pravidla současně patří k nejpoužívanějším na světě.²³ ICC mající bohatou tradici vytváření nástrojů pro řešení sporů postupně nabídla veřejnosti celou řadu pravidel. Kromě asi nejslavnějšího a současně nejvýznamnějšího, kterým se stala mezinárodní arbitráž vedená podle Pravidel rozhodčího řízení ICC, jež jsou ztělesněna Mezinárodním rozhodčím soudem při ICC, nabídla postupně *Pravidla Expertízy*,²⁴ jež byly poprvé publikovány v roce 1976, *Pravidla ICC jednající jako ustanovující instituce*,²⁵ jež byly poprvé publikovány v roce 1984 a v neposlední řadě pak pravidla pro řešení sporů z dokumentárního akreditivu známá jako Pravidla DOCDEX²⁶ z roku 1997.²⁷

Tak jak si celý svět obchodu začal uvědomovat, výhody konsensu při řešení sporu a jak se popularita mediace a ostatních alternativních způsobů řešení sporů celosvětově rozšiřovala,

¹⁹ Například *Mediační pravidla WIPO* (World Intellectual Property Organization).

²⁰ *ICSID Pravidla pro conciliaci*.

²¹ Dobrovolná Pravidla Stálého rozhodčího soudu pro Conciliaci Sporů týkajících se přírodních zdrojů a/nebo životního prostředí (*Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*).

²² Dobrovolná Pravidla Stálého rozhodčího soudu pro Conciliaci (*Permanent Court of Arbitration Optional Conciliation Rules*).

²³ Mezinárodní obchodní komora se sídlem v Paříži (ICC) má bohaté zkušenosti s vytvářením nejrůznějších pravidel usnadňující mezinárodní obchod ve skutku globální relaci. Od roku 1919, kdy ICC vznikla, spatřilo světlo světa nepřeberné množství nástrojů, z nichž mnohé se staly každodenním a neocenitelným pomocníkem obchodníků po celém světě. Viz INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: *ICC Dispute Resolution*, Paris: ICC, 2011, s. 1.

²⁴ *Anglicky Rules for Expertise*.

²⁵ *Anglicky ICC as appointing authority under the UNCITRAL arbitration rules*.

²⁶ *Anglicky ICC uniform rules, resp. DOCDEX Rules*.

²⁷ JIMÉNEZ-FIGUERES, D.: *Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work*, in Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Vol. 21 (2004), No. 1, s. 91.

zareagovala na tento trend v roce 1988 také ICC vydáním *Pravidel dobrovolné conciliace*.

²⁸Tato pak nahradila právě Pravidla ADR,²⁹ která vstoupila v účinnost k 1. červenci 2001.³⁰

Od té doby se Pravidla ADR stala jedním z nejúspěšnějších nástrojů alternativního řešení sporů na světě. Nepochybně k tomu přispěla pověst ICC³¹ i možnost následného navázání na rozhodčí řízení dle Pravidel rozhodčího řízení ICC. V neposlední řadě však za svůj úspěch vděčí samy sobě. Svojí stručností a flexibilitou se stala univerzálně aplikovatelnými na celou řadu ADR řízení v mnoha rozličných právních i ekonomických fázích sporů v mezinárodním i národním obchodním styku.

2.3.2 Charakter ICC Pravidel ADR

Jako taková jsou Pravidla ADR výsledkem snažení skupiny expertů rekrutovaných z řad odborníků na ADR a na mezinárodní i vnitrostátní obchodní právo ze 75 zemí světa.³² Výrazným odlišujícím znakem od ostatních pravidel pro alternativní řešení sporů je v případě Pravidel ADR možnost stran zvolit si techniku řešení sporu. Toto přispívá k jejich celkové flexibilitě a současně i k jejich popularitě. Pravidla však pamatují i na situaci, že by se strany nedohodly na konkrétním způsobu ADR nebo by takové určení opomněly učinit. V takovém případě by se použila mediace jakožto základní ADR technika.

ICC pravidla ADR jsou dnes považována za přední nástroj alternativního řešení sporů na celém světě. ICC sama stanovila cíle, které mají Pravidla splnit.³³ Mají být především flexibilní a kontrolovatelná stranami, což je realizováno maximální možnou měrou dispozitivních ustanovení v rámci jednotlivých článků.³⁴ S pružností koneckonců souvisí i absence limitace Pravidel na pouhou mediaci a otevření dveří i dalším urovňovacím technikám. Ačkoliv je mediace určitě nejoblíbenějším ADR, pro různé případy se vhodnějšími mohou jevit i jiné druhy řízení. Výstupů z ADR řízení tak může být celá řada

²⁸ Pravidla nahrazují původní *ICC Pravidla pro Dobrovolnou Conciliaci*. Tato pravidla byla v účinnosti od 1. ledna 1988 do 30. června 2001. Naskýtá se otázka, co dělat v případě, že v ustanovení smlouvy je odkaz na původní pravidla. ICC na tuto možnost odpovídá tak, že pokud by obdržela žádost o conciliaci na základě Pravidel o conciliaci, požádala by strany, zdali by nemohly svoji Žádost přeformulovat tak, aby odpovídala novým pravidlům. Viz INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: *Guide to ICC ADR*, 2001, s. 1.

²⁹ Celým názvem *ADR Pravidla Mezinárodní obchodní komory*, anglicky: *ADR Rules of the International Chamber of Commerce*.

³⁰ V současné době se připravují nová pravidla, která by měla vstoupit v platnost v průběhu roku 2014.

³¹ ICC celkově obstarává řešení sporů v celkem šesti různých řízeních: a) arbitráž, b) ADR řízení, c) expertíza, d) tzv. dispute boards, e) ICC jako ustanovující autorita a f) DOCDEX.

³² Viz DERAIS, Y. - SCHWARTZ, E. A.: *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edition revised, The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 467.

³³ Viz INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: *Guide to ICC ADR*, s. 1n, online text dostupný na <http://www.iccwbo.org>, [citováno k 15. září 2012].

³⁴ Možná je i změna konkrétních ustanovení Pravidel pro jednotlivé případy, a to za předpokladu, že se na tom shodnou všechny strany a že tato změna bude schválena prostřednictvím ICC.

v závislosti na zvolené technice: Od závazné dohody stran po nezávazné doporučení nezávislého třetího.

S tímto charakterem ostatně souvisí i použité pojmy v rámci Pravidel. ICC se vyhnula používání termínů, které by odkazovaly ke konkrétní ADR technice, což by mohlo způsobit jejich implicitní limitaci. Z tohoto důvodu tedy nepoužívá kupříkladu pojmu *mediátor*, ale *neutrál*. Obdobně v nich nenalezneme pojem *mediační dohoda*, ale *výstup*, etc...

Při konstrukci ADR řízení měla ICC na zřeteli vytvořit jednoduchý a rychlý proces, který stranám způsobí maximálně nízké náklady. Současně Pravidla dodržují základní standard požadovaný mezinárodně obchodním prostředím, a tím je důvěrnost informací. V maximální možné míře je tak stranám zajištěna bezpečnost v řízeních uváděných informací i informací o samotném řízení. Dále pak vycházejí vstříc potřebám současných obchodních sporů tím, že počítají i s mnohostrannými spory.

Pravidla původně vznikla jako doplněk k Pravidlům rozhodčího řízení ICC. ICC ostatně počítá s tím, že v případě neúspěchu se strany obrátí na arbitráž právě při Rozhodčím soudu ICC a naopak, že se v průběhu probíhajícího rozhodčího řízení strany mohou rozhodnout pro ADR a spor tak vyřeší nedirektivní cestou.³⁵

Pravidla jsou koncipována jako komplexní úprava řešení, tedy upravují postup od zahájení řízení, po jeho průběh až po ukončení řízení, byť jak bylo řečeno, jde o úpravu značně útržkovou a stručnou, která nemá bránit variacím a potřebám jednotlivých, velmi odlišných případů.

Pokud se týká výstupu, jeho kvalita (tedy zejména závaznost a vynutitelnost) záleží výhradně na dohodě stran a na zvolené technice. Řízení tak může skončit nezávazným názorem Neutrála, který má svoji sílu především v síle argumentů a v autoritě svého autora. Dále se může jednat o smluvní ujednání, které váže strany jako obvyklý závazkový vztah v rámci použitelného práva, nebo o vynutitelný institut. Při používání pravidel je třeba mít na paměti, že se jedná o dobrovolný proces, s čímž souvisí celá řada charakteristik řízení – jeho volnost, neformálnost a možnost konsensu prakticky na čemkoliv. V tomto světle je třeba vnímat i jednotlivá ustanovení Pravidel, která lze ostatně v souladu s článkem 1 měnit dohodou stran pod podmínkou souhlasu ICC.³⁶

³⁵ Ibid, s. 2.

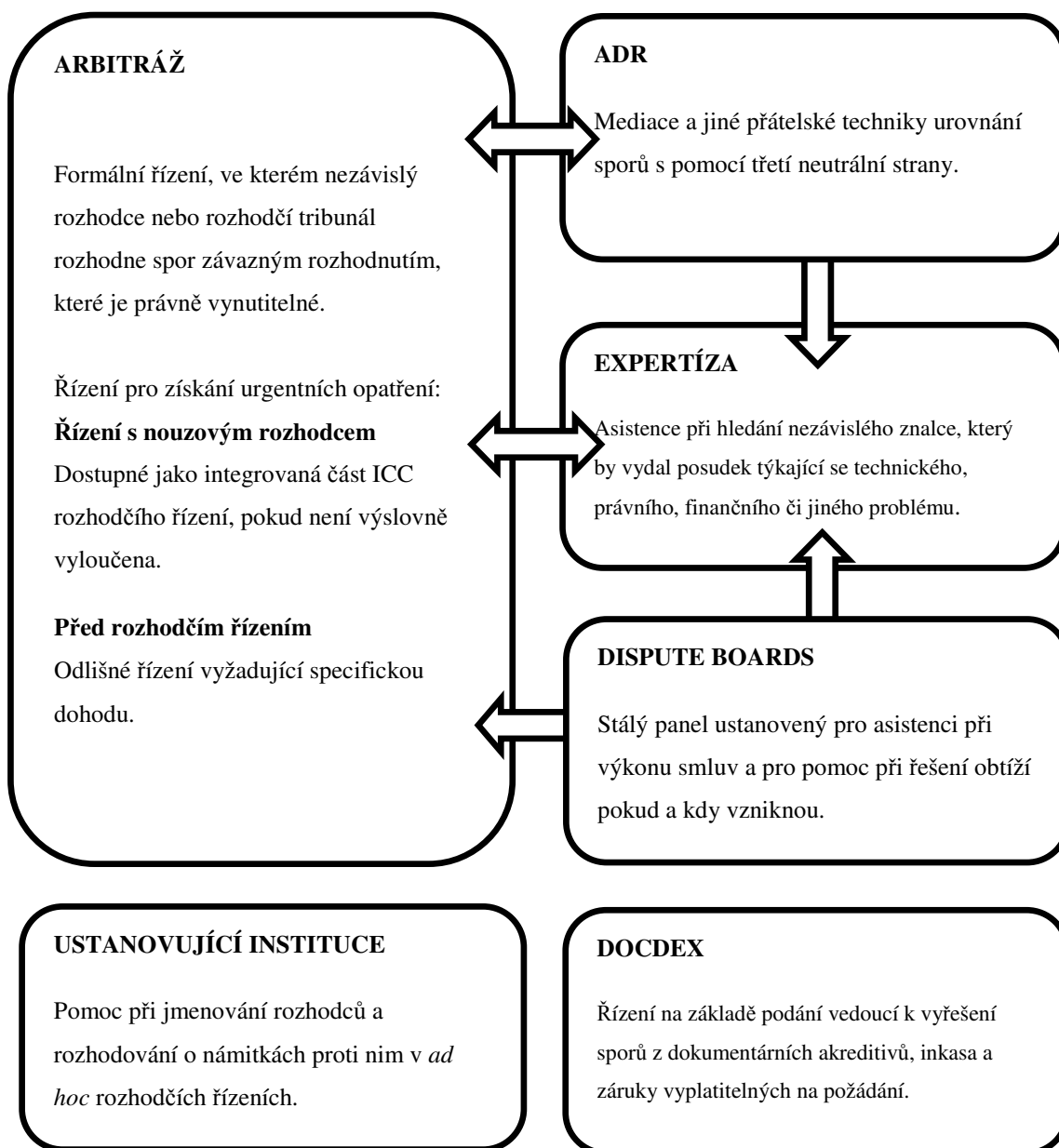
³⁶ Viz čl. 1 ICC Pravidel ADR.

2.3.3 Struktura řešení sporů při ICC

Přijetí Pravidel ADR také vedlo k organizační změně v rámci samotné ICC, když byl při rozhodčím soudu ICC zřízen speciální tým pro ADR, který spravuje nejenom ADR řízení, ale i všechny případy expertízy a DOCDEX, které náležejí do pravomoci ICC *Centra pro expertízu*.³⁷ Jednotlivé způsoby řešení obchodních sporů podle ICC názorně popisuje následující tabulka.³⁸

Mezinárodní Rozhodčí Soud

Mezinárodní Centrum pro ADR



³⁷ Viz JIMÉNEZ-FIGUERES, op. cit., s. 91.

³⁸ Tabulka přejata z INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: *ICC Dispute Resolution*, Paris: ICC, 2011, s. 11.

3. DŮVĚRNOST V MEDIACI

Důvěrnost v rámci mediace, jak již bylo zmíněno výše, patří jednak mezi základní povinnosti mediátora a jednak mezi principy fungování mediace a konečně také mezi její nejdůležitější výhody. Samotný tento fakt je natolik široce přijímán a akceptován, že není nutné jej vůbec zpochybňovat, a to zejména nikoliv právě v mediaci obchodních sporů, kde jsou strany na vysokou míru důvěrnosti zvyklé z mezinárodních i vnitrostátních rozhodčích řízení. Tuto výhodu pak samozřejmě nehodlají ztratit, pokud se rozhodnou nalézt pro svůj rozpor smírné řešení.

Mlčenlivost a důvěrnost jsou však jinak chápány v teorii (3.1), jinak v českém zákonu, kde je její pojetí výrazně užší (3.2) a ještě zcela odlišně na evropské úrovni (3.3).

3.1 Mlčenlivost a důvěrnost jako princip mediace

Problematika důvěrnosti a mlčenlivosti má v mediaci hned několik rovin. Jednak jde o vymezení, co se za touto povinností vlastně skrývá (3.2.1), jednak jde o to, na co všechno se takový režim vztahuje (3.2.2).

3.1.1 Teoretické vymezení mlčenlivosti a důvěrnosti

Předně lze tvrdit, že mlčenlivost a důvěrnost jsou považovány v rámci mediace za standard.³⁹ Mlčenlivost a důvěrnost jsou však dva odlišné, ačkoliv navzájem propojené pojmy. Zatímco první spíš definuje povinnost mediátora mlčet, důvěrnost je spíš vlastnost informací, o nichž by se mělo mlčet.

Black's Law Dictionary definuje přídavné jméno *důvěrný (confidential)* ve vztahu k informacím, jako něco, co je zamýšleno být drženo v tajnosti a podstatné jméno *důvěrnost (confidentiality)* jako stav utajení informací, jejichž šíření je zakázáno.⁴⁰ Současně je však zmiňován ještě jeden úhel pohledu, neboť pojem důvěrný charakterizuje také například vztah mezi právníkem a klientem nebo mezi manžely. Oproti tomu termín mlčenlivost (*silence*) je definován jako povinnost mlčet.⁴¹

Analogicky lze tedy chápat dvojí dimenzi důvěrnosti v mediaci:

³⁹ Srovnej LUX, J. – ORRE, M.-L.: *Confidentiality in Mediation – the Common Law Tradition*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 105.

⁴⁰ Srovnej GARNER, B. A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul: West - A Thomas Reuters business 820 (9th ed. 2009), s. 339.

⁴¹ Doslova jako „překážka v mluvení“. V originále „A restraint from speaking“. Srovnej ibid, s. 1508.

- a) Jednak jako povinnost, která jednotlivým účastníkům mediace zakazuje dále šířit určité informace,
- b) a současně jako vztah důvěry mezi stranami a mediátorem a v omezené míře mezi stranami navzájem.⁴²

Jak je ovšem vidět, pokud se nehovoří o konkrétním teoretickém vymezení těchto dvou povinností, lze je pro běžnou potřebu užívat jako synonyma.

3.1.2 Rozsah důvěrnosti - Mezi Scyllou a Charybdou

V případě obchodněprávních sporů je mlčenlivost ospravedlňována potřebou chránit zejména interní informace týkající se fungování společnosti, různé *know how* a informace chránící právo duševního vlastnictví, ale také údaje, jež by bylo potencionálně možné užít v pozdějších řízeních, kdyby mediace selhala.

Proti této jistě oprávněné potřebě stojí obecně formulovaný požadavek veřejnosti spojený se všemi soukromoprávními řízeními požadujícími publicitu jednání i vyhlásování samotného výstupu. Oproti soukromým zájmům tak zde stojí veřejný zájem na informace a současně obava, aby mlčenlivost nechránila různá nelegální či jinak společensky závadná témata.

Jako důvěrné lze obecně označit informace o tom, co bylo řečeno, napsáno či učiněno v souvislosti s přípravou a průběhem mediace. Porušením důvěrnosti pak jednoznačně bude sdělení takových informací třetí straně. Takové porušení může být učiněno formou písemnou i ústní a může k němu dojít jak před zahájením samotné mediace (prozrazení během přípravy), tak i v průběhu i po jejím skončení.

Povinnost mlčenlivosti však nelze chápat absolutně, a tak nikoliv vše, co zazní v rámci mediačního řízení, je důvěrné. V tomto směru lze vidět tři základní limity:

- a) **Limit času:** Jinými slovy nelze jako důvěrné chránit informace, které se strany dozvěděly ještě před zahájením mediace. V tomto směru je však, jak již bylo naznačeno, nutné vzít jako výjimku údaje, které se aktéři dozvěděli v souvislosti s přípravou mediačního řízení.
- b) **Limit všeobecně známých okolností:** Jako důvěrné nelze vnímat informace, které se strany mohou běžně dozvědět, ať už z veřejně dostupných zdrojů, nebo od osob

⁴² Srovnej SVATOŠ, M.: *Důvěrnost v mediaci: Přišel jsem, viděl jsem, mlčel jsem...*, in: Právní rádce, Vol. 2013, No. 4.

pohybujících se v jejich prostředí, které jsou průměrně informovány. Samozřejmě nejsou důvěrné tzv. notoriety, neboli všeobecně známé informace.

- c) **Limit mediační dohody:** Dalším limitem mlčenlivosti je pak mediační dohoda a následky s ní spojené. Pokud strany na závěr mediace uzavřou smlouvu, kterou notářským zápisem či formou soudního smíru učiní vykonatelnou, nemohou rozumně předpokládat, že by informace spojené s mediací byly chráněny v případě následného soudního řízení týkajícího se právě této dohody.
- d) **Limit trestného činu:** Obdobně nelze očekávat, že by mlčenlivost uspěla v řadě právních řádů v případě, že by se v mediaci vyskytly informace týkající se vybraných trestných činů.

Poněkud jiná otázka je, na koho na všechno se povinnost důvěrnosti vztahuje. Z teoretického úhlu pohledu a odlišně od úpravy, kterou zvolil český zákonodárce, jak bude vysvětleno následně, by se tato povinnost měla vztahovat jak na mediátora a na osoby, které se s ním na organizování řízení podílejí, tak na strany a jejich právní zástupce.

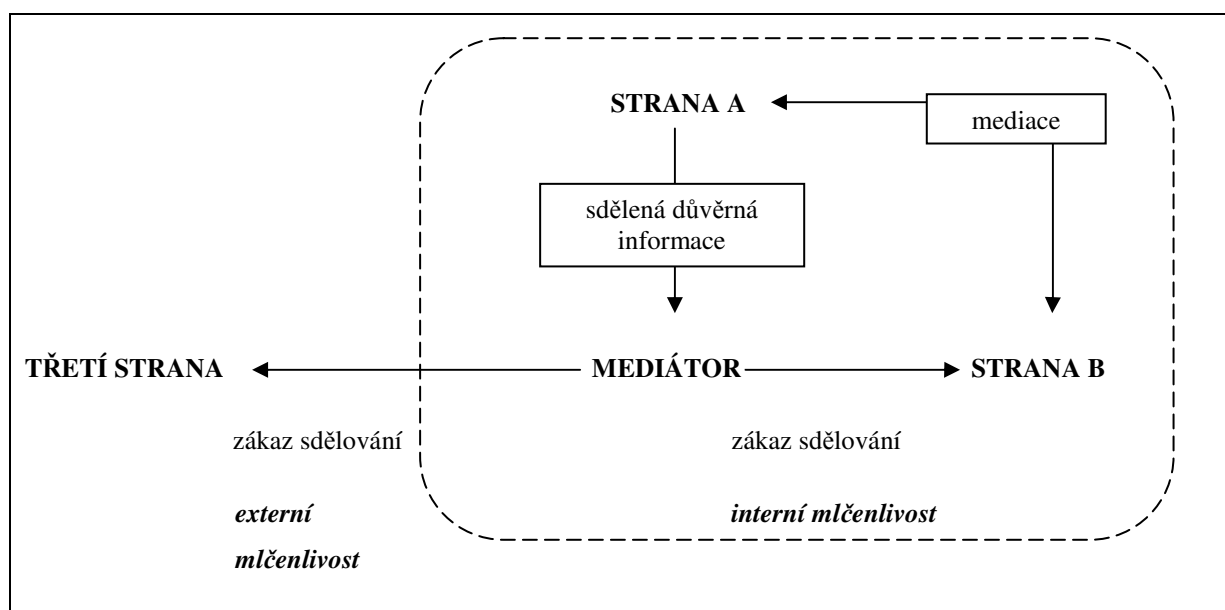
3.1.3 Problematika interní a externí mlčenlivosti

Oproti jiným řízením však mediace skrývá ještě jeden zádrhel. Jde o fakt, že ne vše, co v rámci řízení zazní, musí být nutně určeno pro všechny její účastníky. Během odděleného jednání jsou velmi často poskytovány údaje, které slouží výhradně pro potřebu mediátora a které druhá strana zmiňuje pod podmínkou, že se k druhé straně nedostanou.

Otázka, která musí být nutně v této situaci zodpovězena, zní: Které z informací sdělovaných během separátního jednání jsou důvěrné? Pokud to strana mediátorovi výslovně zdůrazní, nemůže být o odpovědi pochyb. Co však v situaci, kdy tato otázka není stranou vůbec dotčena? Na tento specifický problém český zákon o mediaci nereaguje a uplatní se tak na něj ustanovení o obecné mlčenlivosti.

Rozdíl mezi interní a separátní mlčenlivostí shrnuje následující tabulka.

Tabulka 7: Diagram interní a externí mlčenlivosti (zdroj autor)



Naopak se k ní vyjadřuje kupříkladu modelový zákon UNCITRAL ve svém článku 8: Strana, která chce, aby některá informace zůstala utajená, tento požadavek výslovně uvedla. Opačný přístup zaujala např. již zmiňovaná ICC Pravidla ADR ve svém článku 7 (1): „*Pokud dohoda stran nebo použitelné právo nestanoví jinak, je ADR řízení včetně jeho výstupu soukromé a důvěrné. Jakákoliv dohoda o urovnání sporu mezi stranami je obdobně považována za důvěrnou s výjimkou případu, kdy strana má právo odhalit ji v té míře vyžadované použitelným právem nebo v míře nutné za účelem jejího provedení či jejího výkonu.*“ Implicitně tak lze vyčíst, že i informace, kterou strana sdělí mediátorovi při odděleném jednání je mlčenlivá.

3.2 České pojetí mlčenlivosti a důvěrnosti

Při navrhování zákona o mediaci se český zákonodárce rozhodl omezit mediaci toliko na osobu mediátora, což vzbuzuje celou řadu teoretických otázek (3.2.1). V samotném textu zákona na něj pak tuto povinnost specifikuje (3.2.2).

3.2.1 Český užší přístup

Při koncipování zákona o mediaci uvažoval český zákonodárce nad dvěma variantami, z nichž první počítala s tím, že by se povinnost mlčenlivosti vztahovala pouze na osobu mediátora,

zatímco druhá by rozšířila tuto povinnost i na strany mediace. Nakonec však bohužel zvítězila minimalistická varianta.⁴³

Zákon tak pracuje s principem mlčenlivosti toliko u osoby mediátora a mezi stranami předvídá tzv. *elementární úroveň důvěry*, která je předpokladem samotného zahájení mediace.⁴⁴ Zůstává otázkou, zdali motivace stran, aby ve svém vlastním zájmu zvolily mimosoudní řešení sporu, má něco společného s jejich ochotou sdělovat si navzájem jinak utajované informace.

Je zřejmé, že si strany, pokud tomu tak budou chtít, sjednají povinnost mlčenlivosti ve smlouvě o provedení mediace.⁴⁵ Nezbyvá než dodat, že se tak zejména v obchodněprávních sporech děje prakticky bezvýjimečně.⁴⁶ Naneštěstí taková dohoda zavazuje pouze strany a nikoliv soudy či rozhodčí tribunály, což by zákonná povinnost dozajista učinila.

V tomto kontextu se tak nabízí otázka, jak by v takové situaci postupovaly právě české soudy. Ideálním řešením by bylo, kdyby následovaly příkladu svých anglických kolegů, kteří se v případě *Cumbria Waste Management Limited, Lakeland Waste Management Limited v Baines Wilson* vyslovili, že „soudy by měly podporovat mediační řízení tím, že by za normálních okolností odmítly nařídít odhalení dokumentů a rozhovorů, které proběhly v rámci mediace.“

3.2.2 Zákonná úprava

Český zákonodárce však důvěrnost vztáhl, na rozdíl od svého chorvatského, rakouského či švýcarského protějšku,⁴⁷ toliko na osobu zapsaného mediátora⁴⁸ a případně osob, „*kteřé se s mediátorem podílejí na zajištění přípravy a průběhu mediace.*“⁴⁹

⁴³ Podle důvodové zprávy se většina členů pracovní skupiny přikláněla k variantě druhé, a to z důvodu výše zmíněných, totiž že mlčenlivost je jedním ze základních atributů mediačního procesu a také významným důvodem, jenž strany k účasti na mediaci motivuje. Zákonodárce se však bohužel s tímto názorem neztotožnil. Srovnej pro úvahu PARLAMENT ČESKÉ REPUBLIKY (Poslanecká sněmovna 2011 VI. volební období): Sněmovní tisk č. 426 *Vládní návrh na vydání zákona o mediaci a o změně některých zákonů*, 2011, dostupné online na <http://www.psp.cz>, [citováno k 1. září 2013].

⁴⁴ Srovnej *ibid.*

⁴⁵ Ostatně opačný přístup by podkopával fungování mediace jako takové, neboť by mohl bránit stranám v plném prezentování svého případu v obavě z možného zneužití informací uvedených během mediace v potencionálním soudním či rozhodčím řízení.

⁴⁶ Srovnej LUX – ORRE, op. cit., s. 105.

⁴⁷ Srovnej RUGGLE, P.: *Confidentiality in Mediation – the Civil Law Tradition*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, s. 111n.

⁴⁸ Pro kritiku takového přístupu srovnej *ibid.*, s. 111.

⁴⁹ Zde bude v úvahu připadat samozřejmě administrativní aparát, tj. nejčastěji sekretářka či zapisovatelka, případně figurant a další osoby.

Povinnost mlčenlivosti mediátora upravuje zákon o mediaci ve svém § 9: „*Mediátor je povinen zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech, o nichž se dozvěděl v souvislosti s přípravou a výkonem mediace, a to i po vyškrtnutí ze seznamu. To platí i v případě, že nebyla uzavřena smlouva o provedení mediace.*“ Jak je vidět, mlčenlivost se vztahuje i na situace, kdy samotné řízení nakonec není zahájeno. Tehdy se samozřejmě bude mlčenlivost vztahovat pouze na informace související s přípravou mediace. Mediátor může být povinnosti zproštěn, a to všemi stranami konfliktu.⁵⁰ Zákon dále za porušení mlčenlivosti ukládá i sankce.⁵¹

Pokud se týká tzv. *interní mlčenlivosti*, tedy povinnosti mediátora mlčet o informacích, které se dozví od jedné strany během odděleného jednání, není zákon v tomto směru příliš konkrétní. Podle názoru autora zamýšlel zákonodárce vztáhnout mlčenlivost toliko na externí projev mlčenlivosti, tedy mlčenlivosti vůči třetím stranám. Problematika interních vztahů, jakkoliv ožehavá a z profesního hlediska důležitá, zůstává toliko v režii stran smlouvy o provedení mediace a jejich smluvního vztahu, eventuálně v režii pravidel konkrétní ADR instituce.⁵²

3.3 Evropské pojetí mlčenlivosti

Evropské pojetí mlčenlivosti je relativně široké, což se projevuje i v českém zákoně o mediaci, konkrétně v posledním odstavci jeho § 9, kde je upravena tato povinnost ze zahraničního úhlu pohledu. Půjde v principu o situaci, kdy je profese mediátora vykonávaná podle právních předpisů jiného členského státu Evropské unie. Zákon totiž správně předpokládá, že tato povinnost nemá stejný obsah v jednotlivých evropských zákonech. Takový mediátor „*nesmí být nucen porušit povinnost mlčenlivosti v rozsahu, v jakém je mu uložena právními předpisy jiného členského státu, na jejichž základě poskytuje své služby.*“

⁵⁰ Samozřejmě v případě smrti, prohlášení za mrtvého nebo zánikem některé ze stran konfliktu přechází toto právo na jejího právního nástupce. Povinnost zapsaného mediátora o informacích mlčet může být prolomena pouze v zákonem stanovených případech. Jako příklad je uváděn soudní spor mezi ním a stranou konfliktu o odpovědnosti za škodu, o zaplacení odměny či vrácení složené zálohy a podobně. To ostatně potvrzuje zákon o mediaci ve svém § 9 odstavci 3, když zdůrazňuje, že „*Povinností mlčenlivosti není mediátor vázán v rozsahu nezbytném pro řízení před soudem nebo jiným příslušným orgánem, je-li předmětem řízení spor plynoucí z výkonu činnosti mediátora mezi ním a stranou konfliktu anebo jejím právním nástupcem a dále v rozsahu nezbytném pro svou obranu v rámci výkonu dohledu nad činností mediátora nebo v kárném řízení.*“

⁵¹ Podle § 26 se mediátor dopustí správního deliktu tím, že poruší povinnost mlčenlivosti, za což mu hrozí pokuta až do výše 100 000 Kč. Obdobně podle § 25 ZoM se osoba, která se podílí na zajištění přípravy a průběhu mediace, dopouští přestupku porušením povinnosti mlčenlivosti, za což jí lze udělit pokutu až do výše 100 000 Kč. Důležité ustanovení však představuje § 27 odst. 6, který stanovuje, že mediátor, který je advokátem, není odpovědný za správní delikty podle tohoto zákona. Takový mediátor bude odpovídat za porušení této povinnosti v rámci zákona o advokacii.

⁵² Srovnej SVATOŠ, op cit., s. 26.

Je třeba připomenout, že toto pravidlo se do českého právního řádu dostalo v rámci implementace evropská směrnice č. 2008/52/ES *o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech*, jejíž článek 7 požaduje, aby členské státy zajistily, aby „mediátoři ani osoby zúčastněné na správě mediačního řízení nebyli nuceni předkládat důkazy v občanských a obchodních soudních řízeních nebo v rozhodčích řízeních ohledně informací vyplývajících z mediace nebo souvisejících s mediačním řízením, pokud se strany nedohodnou jinak, (...)“.

Směrnice však pro mlčenlivost zná i dvě výjimky:

- a) naléhavý důvod veřejného pořádku (např. vyžaduje-li to zabezpečení ochrany nejlepších zájmů dětí nebo zabránění újme na tělesné nebo duševní integritě člověka)
- b) zpřístupnění obsahu mediační dohody nutné k jejímu provedení nebo výkonu.

K mlčenlivosti se konečně vyjadřuje taktéž *Evropský kodex chování pro mediátory* a to konkrétně ve svém posledním článku 4: „Zprostředkovatel musí zacházet důvěrně se všemi informacemi, které se objevily v rámci zprostředkování nebo v souvislosti s ním, a to včetně skutečnosti, že ke zprostředkování dochází nebo k němu došlo, pokud zpřístupnění těchto informací nevyžadují právní předpisy nebo důvody veřejného pořádku.“ Dodejme, že se Kodex velmi vhodně vyjadřuje i k problematice interní mlčenlivosti: „Žádné informace poskytnuté zprostředkovateli jednou ze stran jako důvěrné nesmí být bez souhlasu poskytnuty ostatním stranám, pokud to nevyžadují právní předpisy.“

4. MEDIAČNÍ DOHODA

Hlavním výstupem z mediace by měla být právě mediační dohoda, což je smlouva mezi stranami ukončující celý spor, nebo alespoň jeho část, o němž je mediace vedena.⁵³

Mediační dohoda se vlastně svoji charakteristikou neliší od jiných dohod o narovnání. Základní rozdíl je však spatřován v procesu, který k jejímu uzavření vedl. Pokud však lze někde vidět rozdíly, je to jednak v jejích náležitostech (4.1) a jednak ve vykonatelnosti, které lze za určitých okolností dosáhnout (4.2).

4.1 Náležitosti a forma

Český zákon o mediaci definuje mediační dohodu v § 2 jako písemnou dohodu stran konfliktu uzavřenou v rámci mediace a upravující mezi nimi práva a povinnosti. Konkrétně ji pak

⁵³ Pro situaci, kdy se strany nedohodnou, případně pro posouzení, co je považováno za „neúspěch“ mediace srovnej PAUKNEROVA, M. – BRODEC, J. – PFEIFFER, M.: Czech Republic, in Carlos ESPLUGUES MOTA, C. - IGLESIAS BUHIGUES, J. L. - PALAO MORENO, G. (eds.): *Civil and Commercial Mediation in Europe*, vol. I - National Mediation Rules and Procedures, Intersentia 2012, s. 119n.

upravuje v ustanovení § 7, kde specifikuje, že ji uzavírají všechny strany konfliktu, a kde současně vyjmenovává její náležitosti:

- a) Podpisy stran konfliktu,
- b) datum jejího uzavření doplněné mediátorem,
- c) podpis mediátora, kterým se stvrzuje, že mediační dohoda byla uzavřena v rámci mediace.

Je třeba připomenout, že toto ustanovení se vztahuje výhradně na mediační dohodu uzavřenou jako výsledek mediace vedené zapsaným mediátorem.

V takovém případě tedy musí mít smlouva písemnou formu. V ostatních případech se však nezdá, že můžeme setkat s formou ústní, ačkoliv ji zejména v obchodních sporech rozhodně nelze doporučit.

Platnost mediační dohody může být totiž, tak jako u všech jiných smluv, napadena u soudu. Z mezinárodní praxe lze vydedukovat, že se v takovém případě žaloba opírá o jeden z následujících důvodů:

- a) Absence oprávnění zástupce uzavřít smír,
- b) absence oprávnění zástupce jednat jménem strany,
- c) absence shody vůle jednotlivých stran,
- d) absence vůle být z mediační dohody právně vázán, a
- e) nedostatek formálních požadavků.⁵⁴

V českém prostředí samozřejmě doposud chybí relevantní rozhodnutí soudu, avšak v zahraničí je možné několik takových sporů dohledat. Posledně jmenovaný ilustruje kupříkladu případ *Vernon v Acton*, ve kterém soud odmítl vykonat ústní mediační dohodu z důvodu, že důvěrnost mediačního řízení způsobila nedostatek důkazů.⁵⁵ V jiném případě *Delyanis v Dyna-Empire Inc* soud shledal, že ručně psaná mediační dohoda sepsaná mediátorem a podepsaná stranami nebyla závazná, neboť v ní strany výslovně vyjádřily, že nechtějí být jejím textem vázány. Nicméně následná emailová konference mezi stranami obsahující úmysl být vázán závaznou dohodou představovala.⁵⁶

⁵⁴ ALEXANDER, op. cit., s. 315.

⁵⁵ „Nearly everything said during a mediation session could bear on either whether the disputants came to an agreement or the content of the agreement.“ Srovnej *Vernon v Acton* 732 NE 2d 805 (8th Cir 1999).

⁵⁶ Srovnej *Delyanis v Dyna-Empire Inc* 465 F Supp 2d 170, United States District Court, E.D. New York. 30. listopadu 2006.

4.2 Vykonatelnost mediační dohody

Z hlediska zájmu stran je důležité odpovědět na otázku, zdali je mediační dohoda vykonatelná nebo nikoliv. Podle českého zákona tomu tak není – jde o pouhou závaznou smlouvu mezi stranami, nic víc, nic méně. Mediační dohodu však lze u soudu schválit jako soudní smír nebo posléze uzavřít smluvní exekuční titul - ve formě notářského zápisu se svolením k vykonatelnosti – jehož předmětem bude dohoda o splnění pohledávky či jiného nároku vyplývající z mediační dohody.⁵⁷

Nelze ovšem přehlédnout fakt, že i běžná smlouva může být vykonána, a to leckdy ve zrychleném řízení, takže i v tomto směru může být mediační dohoda posunem, oproti předchozí procesní situaci stran.

Ve světě se objevují celkem čtyři způsoby, jak učinit mediační dohodu vykonatelnou:

- a) Formou smlouvy (4.2.1),
- b) formou soudního smíru (4.2.2),
- c) formou notářského či jiného zápisu (4.2.3),
- d) formou rozhodčího nálezů (4.2.4).

⁵⁷ Pokud se týká českého zákona, při jeho schvalování byly zvažovány tři varianty: „Varianta I.: Mediační dohoda je vykonatelná ze zákona; Varianta II.: Podmínkou vykonatelnosti je schválení mediační dohody soudem ve formě smíru, případně následné uzavření dohody o splnění nároku vyplývajícího z mediační dohody ve formě notářského či exekutorského zápisu se svolením k vykonatelnosti a nakonec Varianta III.: Mediační dohoda bude přímo vykonatelná, pokud ji sepíše mediátor, který bude současně advokátem. Podle Důvodové zprávy se „pracovní skupina shodla na tom, že mediační dohoda by neměla být přímo vykonatelná.“ Důvodová zpráva zaznamenává k tomuto tématu zajímavou diskuzi, která se patrně v rámci přípravy zákona odehrála: „Takové řešení (přímá vykonatelnost mediační dohody) se nevyskytuje ani v zahraničních právních úpravách. Přímá vykonatelnost mediační dohody se nejeví jako příliš vhodné řešení zejména proto, že mediátor nemusí mít právnícké vzdělání, když poskytuje služby spíše psychologicko poradenské směřující k odstranění konfliktu. Zástupci České advokátní komory prosazovali, aby mediační dohoda sepsaná mediátorem, který je současně advokátem, byla přímo vykonatelná. S tímto řešením však nelze souhlasit do doby, než případně advokáti získají obecnou pravomoc sepisovat zápisy se svolením k vykonatelnosti, kdy náležitosti těchto zápisů budou obecně upraveny.

Podmínka schválení mediační dohody soudem podle varianty II. dává soudu možnost kontroly nad touto dohodou, zejména nad její shodou s platnými právními předpisy. Svým schválením zároveň dodává dohodě významnou autoritu. V těch případech, kdy nelze uzavřít ve věci smír, soud k dohodě jistě přihlédne a může ji i „přejmout“ do svého rozhodnutí, splňuje-li zákonem stanovené podmínky. Vedle soudního smíru přichází v úvahu rovněž následné uzavření dohody o splnění nároku vyplývajícího z mediační dohody ve formě notářského či exekutorského zápisu se svolením k vykonatelnosti. Tato možnost vychází přímo z příslušných právních předpisů a není důvod, aby ji zákon o mediaci omezoval.“ Srovnej PARLAMENT ČESKÉ REPUBLIKY (Poslanecká sněmovna 2011 VI. volební období): Sněmovní tisk č. 426 Vládní návrh na vydání zákona o mediaci a o změně některých zákonů, 2011, dostupné online na <http://www.psp.cz>, [citováno k 1. září 2013].

4.2.1 *Vykonatelnost formou smlouvy*

Možnost, že by byla mediační dohoda přímo vykonatelná již svým prostým uzavřením před mediátorem je ve světě velmi vzácná a, ačkoliv o ní český zákonodárce uvažoval, správně se rozhodl ji nevyužít.

Pokud se týká příkladů, kde taková mediace funguje, lze jmenovat například Skotsko, kde existuje zajímavý institut, za jehož pomoci je mediační dohoda (ale i jiné formální smlouvy) učiněna bez dalšího vykonatelnou. Jedná se o registraci dohody v rámci veřejného seznamu „*Books of Council and Session*.“ V podstatě se jedná o veřejný registr, který je v tomto směru v obchodních mediacích využíván.⁵⁸

Některé mediační smlouvy musí naopak pro svoji platnost projít určitou časovou lhůtou, než se stanou závazné. Tento institut je vhodný zejména ve chvílích, kdy je jedna strana slabší a je potřeba, aby získala určitý prostor pro zvážení a zhodnocení dohody, jako je tomu kupříkladu ve spotřebitelských sporech.⁵⁹

4.2.2 *Vykonatelnost formou soudního smíru*

Formou soudního smíru může být učiněna mediační dohoda vykonatelnou v souladu s ustanovením § 67 OSŘ § 67 (2) „*Soud rozhodne o tom, zda schvaluje mediační dohodu uzavřenou podle zákona o mediaci, nejdéle do 30 dnů od zahájení smířčího řízení.*“

Soudem schválený smír pak v rámci Evropské unie profituje z *Nařízení Brusel I*. Z jeho článku 57 ve spojení s článkem 58 plyne, že smír, který byl schválen soudem v průběhu řízení a je vykonatelný v členském státě, v němž byl uzavřen, se na návrh prohlásí za vykonatelný v jiném členském státě postupem podle článku 38 a následujících.

Pokud se týká opravných prostředků, nařízení k tomu dodává, že soud zamítne nebo zruší prohlášení vykonatelnosti jen tehdy, pokud by výkon rozhodnutí na základě zmíněného smíru byl zjevně v rozporu s veřejným pořádkem členského státu, v němž byl návrh podán.

Pokud se týká praktického prokazování, nařízení ukládá soudům nebo příslušným orgánům členského státu, ve kterém byl soudní smír schválen, vydat na návrh kterékoli zúčastněné strany osvědčení o smíru.⁶⁰

⁵⁸ Srovnej WHYTE, D.: *Expedited enforcement in Scotland (and beyond?)*, 2011, online text dostupný na <http://www.inhouselawyer.co.uk/index.php/scotland-home/9632-expedited-enforcement-in-scotl..> , [citováno k 1. září 2013].

⁵⁹ Srovnej ALEXANDER, op. cit., s. 305.

⁶⁰ S použitím standardního formuláře uvedeného v příloze V. *Nařízení Brusel I*.

Obdobně bude použitelné *Nařízení o evropském exekučním titulu*,⁶¹ které ve svém čl. 3 odst. 1 zahrnuje mezi exekuční tituly, které se potvrzují jako evropský exekuční titul, rozhodnutí, soudní smíry a úřední listiny o nesporných nárocích. Přitom se nárok považuje za nesporný, pokud:

„a) dlužník s ním výslovně souhlasil tím, že jej uznal, nebo prostřednictvím smíru, který schválil soud nebo který byl uzavřen před soudem v průběhu řízení nebo

(...)

d) dlužník jej výslovně uznal v úřední listině.“

4.2.3 Vykonatelnost formou notářského či jiného zápisu

Podle českého práva přichází v úvahu následné uzavření dohody o splnění nároku vyplývajícího z mediační dohody ve formě notářského zápisu se svolením k vykonatelnosti.

Vzhledem k tomu, že oproti soudnímu smíru se jedná o variantu dražší, ale rychlejší, je potřeba, aby strany její užití zvážily.

4.2.4 Vykonatelnost formou rozhodčího nálezů

Specifickou formou, jak učinit mediační dohodu závaznou, je vydat ji formou rozhodčího nálezů, který současně požívá výhod národních i mezinárodních právních nástrojů. Tento druh rozhodčích nálezů se někdy označuje jako *souhlasný rozhodčí nález*.⁶² Český zákon o rozhodčím řízení takový postup aprobejuje ve svém § 24, když dodává, že *„na žádost stran lze smír uzavřít ve formě rozhodčího nálezů.“*

Souhlasné rozhodčí nálezy jsou všeobecně akceptovaným nástrojem⁶³ a jsou zpravidla vydávány v jednom ze tří případů:

- a) Zejména, pokud se rozhodčímu tribunálu podaří dovést strany ke smíru, dále
- b) pokud je spor vyřešen mezi stranami rozhodčí doložky ještě před zahájením rozhodčího řízení a nakonec
- c) v případech, kdy je smír produktem mediace a strany si jej přejí provést ve formě rozhodčího nálezů.

⁶¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 805/2004 ze dne 21. dubna 2004, kterým se zavádí evropský exekuční titul pro nesporné nároky.

⁶² V angličtině: „Awards on consent, awards on agreement.“

⁶³ Srovnej k tomu kupříkladu LÖRCHER, G.: *Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions*, in *Arbitration International*, Kluwer Law International, Vol. 17 (2001), No. 3, ss. 275 – 286.

V tomto třetím případě se problematickou může jevit absence jakékoliv vazby na rozhodčí řízení. S tímto argumentem se vyrovnává kupříkladu francouzské právo, kde může být tzv. *sentence d'accord-parties* vydán kdykoliv buď mediátorem, jenž se pro tuto potřebu stane rozhodcem, nebo jiným arbitrem, před nějž je konkrétní vyřešený spor předložen.

Souhlasný rozhodčí nález je pro mezinárodní spory zajímavý už z toho důvodu, že umožňuje široké uznání a vykonatelnost po celém světě. Všeobecně se předpokládá, že se *newyorská úmluva* použije i na souhlasné rozhodčí nálezy.⁶⁴

Taková forma rozhodčího nálezu však vzbuzuje celou řadu otázek: Souhlasný rozhodčí nález musí být dostatečně určitý. Z tohoto důvodu se zvažuje, zdali do něj celkově zahrnout celou dosaženou dohodu nebo ji pouze přeformulovat a eventuálně přiložit jako přílohu.

Dále je třeba dávat pozor na šíři rozhodčí doložky, jež dává rozhodčímu tribunálu pravomoc vydat nález v konkrétní věci. V podstatě nejsnazší variantou je sepsání nové smlouvy o rozhodci – tedy rozhodčího kompromisu a vtělit do něj cíl rozhodčího řízení.

Problematickým se může jevit skutečnost, že většina dohod o smíru obsahuje klauzuli o řešení případných sporů. Takové ustanovení mít rozhodčí nález podle některých autorů nemůže, neboť musí být z definice konečný a závazný.⁶⁵ Každopádně nabízí vykonatelnost mediační dohody formou rozhodčího nálezu zajímavou možnost zejména pro velké mezinárodní případy.

⁶⁴ Použití se odvozuje od faktu, že se vůči nim úmluva nikterak nevymezuje. Srovnej WIWEN-NILSSON, T.: *Commercial dispute settlement: issues for the future Conciliation: Enforcement of settlement agreements*, Modern Law for Global Commerce - Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, Vídeň, 2007, online text dostupný na <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Wiwen-Nilsson.pdf>, [citováno k 1. září 2013].

⁶⁵ Srovnej ibid, s. 6.

V. SPECIFICKÉ FORMY UŽITÍ MEDIACE

Je úkolem dobrého člověka pomáhat těm v neštěstí...

Sofoklés

Kromě doposud probíraných standardních užití mediace se v mezinárodním obchodě vyskytují ještě specifické formy užití mediace. Může přitom jít o jejich odlišnost ve formě jejího užití, pokud je kupříkladu kombinovaná s jinými ADR (1), ale také o netypické užití ve vztahu k typu sporu. Nejtypičtějším příkladem je užití mediace pro řešení investičních sporů mezi investorem a státem (2).

1. MEDIACE V RÁMCI JINÝCH ADR

Podle některých autorů je užití kombinace mediace a jiných ADR, zejména arbitráže, v rozporu se základními principy těchto dvou mimosoudních způsobů řešení sporů.¹ Do jisté míry je toto tvrzení pravdivé. Mediaci a arbitráž spolu mají skutečně společné snad jen to, že v obou případech jde o mimosoudní způsoby řešení sporů. Na druhou stranu to neznamena, že nemohou být využity současně. Tak jako voda a oheň, které se vzájemně nesnášejí, svojí kombinací vytvoří páru, která svého času hýbala světem. I hybridní modely mohou při opatrném nakládání nabídnout velký prospěch všem zúčastněným stranám sporu.²

Koneckonců i současná praxe dává tomuto tvrzení zapravdu, když okolo 60% všech arbitráží končí smírným řešením.³ Přes množství kritiky a protiargumentů lze bez nadsázky konstatovat, že se MED-ARB (1.1) a ARB-MED (1.2) pevně zakotvily jako alternativní způsoby řešení sporů a jejich počet narůstá. Stejně tak se zvyšuje množství právních předpisů, které na tuto realitu reagují (1.3). Kromě nich se však používají i další modely kombinace mediace a jiných ADR, kupříkladu SEAM (1.4).

1.1 MED-ARB

Základním typem kombinace mediace a arbitráže je řízení MED-ARB, které lze zjednodušeně charakterizovat jako postup, ve kterém je řešení sporu nejprve hledáno formou mediace.

¹ Srovnej kupříkladu výroky místopředsedy CIArb Jeffrey Elkinson, dostupné online na <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29833/london-problems-med-arb-8211-keeneye-open-eyes>, [citováno k 1. září 2013].

² Srovnej SVATOŠ, M.: *Hybridní ADR procesy MED-ARB a ARB-MED - na hranici dvou světů?*, článek připravený pro sborník z konference Právo, obchod ekonomika, 6.-8. Listopadu 2013, Štrbské pleso, Slovensko.

³ BERGER, K. P.: *Integration of Mediation elements into Arbitration 'Hybrid Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators*, in *Arbitration International*, Vol. 19 (2003), No. 3, s. 387, 398.

V případě jejího neúspěchu dojde k rozhodnutí sporu rozhodcem. Klíčovou charakteristikou je, že funkci mediátora a následně i arbitra vykonává jedna a tatáž osoba, která strany provede strukturou tohoto řízení (1.1.1). Tato charakteristika samozřejmě vzbuzuje celou řadu rizik (1.1.2). A právě těmto nebezpečím by měly předcházet některé varianty MED-ARB (1.1.3).

1.1.1 Struktura MED-ARB řízení

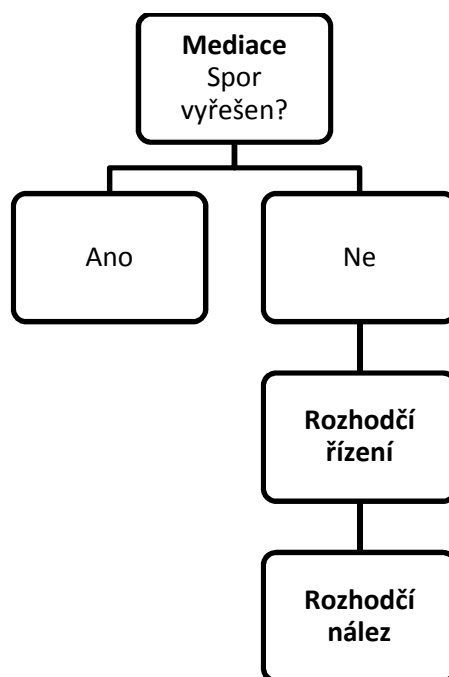
Jak již bylo zdůrazněno, základním charakteristickým znakem MED-ARB řízení je jednota osoby, která vystupuje nejprve jako mediátor a v případě neúspěchu mediační fáze jako arbitr.⁴ Občas je sice MED-ARB mylně popisován jako proces, ve kterém mediační a rozhodčí fázi řídí dvě odlišné osoby, avšak taková definice je nesprávná, neboť v takovém případě by se jednalo toliko o vícestupňový systém řešení sporu. Charakteristickým rysem řízení MED-ARB je právě jednota osoby mediátora a rozhodce se všemi výhodami, i riziky, které toto spojení řízení přináší.⁵

MED-ARB je zahájen buď na základě *MED-ARB doložky*, pokud je toto řízení předvídáno již před vznikem sporu, nebo naopak na základě *MED-ARB kompromisu*, pokud již spor vznikl a způsob jeho řešení nebyl předem předjednan. V obou případech bude nutné uzavřít *smlouvu o provedení MED-ARB*, která bude muset splňovat všechny náležitosti vyžadované právním řádem jak na smlouvu o provedení mediace, tak na rozhodčí smlouvu.

⁴ Srovnej BARIL, M. B – DICKEY, D.: *MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?*, online text dostupný z <http://www.riverstoneresolutions.com>, [citováno k 1. září 2013].

⁵ Podrobněji srovnej SVATOŠ, M.: *MED-ARB: Řešení sporů pro 21. století?*, in Právní rádce, No. 1, Vol. 2013, Economia, Prague.

Tabulka 8: Struktura MED-ARB řízení (zdroj: autor)⁶



V první fázi řízení probíhá v podstatě standardní mediace, která se však od běžné mediace v jednom bodě zásadně liší. Pokud strany nenaleznou společné řešení, rozhodne mediátor spor jako rozhodce. Toto nebezpečí direktivního rozhodnutí sporu med-arbitrem jednoznačně ovlivňuje ochotu stran hledat konsensuální řešení.

Důležitým bodem k zodpovězení je skutečnost, rozhodující o přechodu mezi jednotlivými fázemi. Varianty, jež přicházejí v úvahu jako podmínka pro ukončení mediační fáze, jsou následující:

- a) **Konkrétní datum nebo časová lhůta.** Tato varianta se zdá být vhodnou a navíc nabízí i určitou flexibilitu tím, že je možné, pokud s tím budou strany po uplynutí lhůty souhlasit, aby ji následně opakovaně prodlužovaly. Nicméně problematickým se může ukázat, že nebude zajištěn potřebný počet mediačních jednání. V krajním případě může časový úsek uběhnout, aniž se strany vůbec sejdou, o vyvinuté aktivitě ani nemluvě. Proti těmto obavám hovoří fakt, že si strany zpravidla zvolí MED-ARB řízení dobrovolně a tudíž, že je v jejich zájmu zkusit vyřešit svůj spor konsensuálně předtím, než dojde k jeho direktivnímu rozhodnutí.

⁶ Použito v SVATOSĚ, op. cit. sub 2.

- b) **Minimální počet mediačních jednání.** Strany se mohou v této variantě dále zavázat, že se pokusí v určitém minimálním počtu hodin spor vyřešit mediací a teprve tehdy, pokud se nepodaří nalézt shodu, přejdou do rozhodčího řízení.
- c) **Jednostranné rozhodnutí med-arbitra.** Tato možnost by byla z teoretického hlediska nejvhodnější formou, kdyby neexistovala pochopitelná a přirozená nechuť stran a jejich právních zástupců vzdávat se kontroly nad svým osudem a vývojem řízení. I proto se doporučuje případně tuto variantu kombinovat s některou z dalších, tj. zejména časových variant.
- d) **Rozhodnutí stran.** Sama tato možnost nabízí různé varianty, podle nichž je vyžadována:
 - a. **Společná vůle všech stran.** Tato podmínka je rozhodně nevhodná zejména, byla-li by to jediná možnost, jak mediační fázi opustit. V takovém případě by se totiž jednalo o lehce zneužitelné ustanovení, které by umožnilo některé ze stran spor uměle prodlužovat. Naopak v kombinaci s časovým limitem je oboustranný souhlas vhodným nástrojem zaručujícím maximální efektivitu MED-ARB řízení.
 - b. **Vůle i jen jedné ze stran.**

1.1.2 Rizika spojená s řízením MED-ARB

Ačkoliv MED-ARB řízení šetří časové i finanční náklady stran na řešení sporu, nejedná se o jednostranně přijímaný a nekriticky hodnocený právní institut. Naopak existuje celá řada kritických hlasů, které na jeho adresu směřují. Některé ze zmiňovaných nebezpečí lze vhodným postupem minimalizovat, s jinými je zkrátka nutné se smířit jako s daní za jinak vysokou funkčnost tohoto ADR.⁷

První z výtek, jež vůči MED-ARB řízení směřují, je možný nátlak ze strany neutrála na strany v první fázi řízení. Předpokládá se, že by mohl med-arbitr strany do dohody vmanévrovat právě hrozbou direktivního rozhodnutí, jež právě on může následně vydat. Takové nebezpečí však nelze vyloučit ani v klasické mediaci, kde se s argumentem hrozby soudního či rozhodčího řízení běžně pracuje. Navíc jeho prevence je velmi jednoduchá – stačí zvolit vhodného a zkušeného neutrála, který se k tomuto postupu nebude uchýlovat.

⁷ Pokud jde o hodnocení rizik a jejich pravděpodobnosti, nelze opominout fakt, že všechny teoretické nesnáze v drtivé většině případů vyzní jako neopodstatněné, neboť většina kauz v mediační fázi skončí. I zde se tak projeví vysoká úspěšnost mediací v řešení sporů. Na druhou stranu se s tímto tvrzením samozřejmě není možné spokojit a je třeba se všem potenciálním problémům bedlivě věnovat.

Druhým problematickým bodem je nebezpečí, že by med-arbitr svými úsudky mohl předjímat a naznačovat eventuální rozhodčí nález. Takový postup by pak mohl být některými stranami považován za manévrování a manipulaci.⁸ I v tomto případě lze tuto námitku vyřešit vhodnou volbou nezúčastněné a zkušené třetí osoby. Koneckonců, ani zde se nejedná o nic, co by nebylo známé i z klasické mediace, kde by však takové konání mediátora bylo spíše nežádoucí, než vysloveně nebezpečné. Vzhledem k problematice nezávislosti a nestrannosti rozhodce bude třeba, aby dotčený med-arbitr ještě úzkostlivěji, než je tomu běžně, dbal na to, aby nenaznačoval právní řešení celého případu. Takový postup by byl totiž samozřejmě zcela nepřijatelný.

Další riziko je spojeno s citlivými a důvěrnými informacemi, jež se med-arbitr může dozvědět v rámci mediace a to zejména tehdy, pokud by se rozhodl vést oddělená jednání. Strany tehdy mohou odkrýt tajné údaje či sdělit motivaci ke svým činům apod. Tento fakt může průběh MED-ARB řízení ovlivnit vlastně v dvojím světle:

- a) Jednak hrozí, že strany z přehnané opatrnosti med-arbitrovi nesdělí v rámci mediační fáze potřebné informace, což sníží šance na dosažení dohody,
- b) jednak teoreticky panuje nebezpečí, že med-arbitr důvěrné informace použije ve druhé fázi MED-ARB řízení, tj. v procesu arbitráže či že je použije jako podklad pro vydání rozhodčího nálezu.

Pokud se týká prvního rizika, tj. náročnějšího sběru informací od stran hájících utajované či podle nich důvěrné informace, pro schopného a zkušeného mediátora nebude problém takovou komplikaci překonat. Druhý a závažnější problémem vyloučit nelze. Na druhou stranu je zřejmé, že v tomto okamžiku přechází zodpovědnost na strany a bude záležet na nich, aby takové informace, které by jim mohly uškodit, v řízení nesdělovaly. I v tomto případě je vhodné dbát na výběr morálně konsistentního a zkušeného med-arbitra, který má s takovým způsobem řešení sporů své zkušenosti.

Jako prevenci na ochranu důvěrných informací zveřejněných během první fáze je také možné vhodně upravit procesní pravidla již v samotné smlouvě o provedení MED-ARB. Lze například zakázat separátní jednání med-arbitra a jednotlivých stran. Druhou možností je pak označit všechny informace získané med-arbitrem během první fáze za použitelné pro jeho

⁸ Na druhou stranu lze dodat, že různé formy evaluativní mediace se svojí tvrdostí přibližují k rozhodčímu řízení a jako takové jsou někdy s nadsázkou nazývány „svalovou mediací“.

rozhodování ve fázi druhé. K tomu, jak tuto specifickou obavu řeší některé právní řády, viz níže.

Je nezpochybnitelné, že med-arbitr musí zůstat po celou dobu řízení neutrálním a pokud by tuto vlastnost v průběhu řízení ztratil, musel by na svoji funkci okamžitě rezignovat. Právě obava, aby neutrál zůstal nezaujatým a nestranným ve druhé fázi řízení, je vlastně nejčastěji vytýkanou skutečností v souvislosti s MED-ARB řízením. Z teoretického hlediska je tedy problém vyřešen již tímto konstatováním.

To ovšem neznamená, že tato obava v praxi nepůsobí určité problémy. Právě naopak: Existuje reálné riziko zvýšené u mezinárodních řízení, že bude případný rozhodčí nález, coby výstup z MED-ARB procesu napadený v řízení o zrušení rozhodčího nálezu. Z tohoto důvodu je třeba podstoupit vhodné preventivní kroky, jakým je výslovné zřeknutí se možnosti požadovat zrušení rozhodčího nálezu z důvodu absence nestrannosti a nepodjatosti rozhodce toliko na základě působení této osoby jako mediátora v první fázi.

Podle názoru některých autorů takové výslovné zřeknutí se není třeba, neboť je již implicitně obsaženo ve smlouvě o provedení MED-ARB řízení. Tento názor také potvrdil Nejvyšší soud Nového Zélandu v kauze *Duncan & Davis Nurseries New Plymouth LTC v Honnor Block LTD and Peter Hay*.⁹

Přesto lze doporučit, aby tato skutečnost byla uváděna ve smlouvě výslovně a to čistě z preventivního důvodu. Takový postup totiž bude v souladu i s *IBA Pokyny pro střet zájmu v mezinárodní arbitráži*.¹⁰

Pokud se týká samotného zřeknutí se možnosti vznést námitku nestrannosti a nezávislosti, je třeba zdůraznit, že se toto vzdání práva týká pouze a toliko argumentu ve vztahu k pouhému výkonu funkce mediátora v první fázi MED-ARB řízení a nikoliv jiných důvodů, které mohou zpochybnit jeho nezávislost.

1.1.3 MED-ARB simultanés

Zvláštním případem MED-ARB řízení je tzv. *MED-ARB simultanés*, které je charakterizováno současným průběhem mediace a arbitráže. Toto specifické řízení je

⁹ *Duncan & Davies Nurseries New Plymouth Limited v Honnor Block Limited*; High Court Auckland CIV 2005-404-2513.

¹⁰ V tzv. *Červeném seznamu napravitelných situací* se aplikuje čl. 2.1.2: „Rozhodce již ve sporu působil.“ O Pokynech viz dále.

předvídáno *Centrem Mediací a Arbitráže v Paříži*.¹¹ Probíhá tak, že je během něho strana zastoupena dvěma odlišnými právními zástupci, z nichž každý zastupuje svého klienta v odlišné proceduře – jeden v mediaci a druhý v arbitráži. Tato dvě řízení ovšem, jak napovídá název, probíhají současně. Mediátor a rozhodci spolu nekomunikují, ale zástupci strany si samozřejmě po skončení dne mohou sdělit, jak si v kterém řízení stojí.¹²

Pro mediaci je pak stanovena časová lhůta, po jejímž marném uplynutí následuje lhůta osmi dnů pro rozhodčí tribunál, aby vydal rozhodčí nález. Pointou celé konstrukce je vlastně využití výhod MED-ARBu při současném odstranění nebezpečí dvojrole neutrála a současně při odstranění prodlení, které MED-ARB zákonitě přináší. Nevýhodou pak naopak vyšší náklady a celková náročnost na vedení řízení z pohledu stran. Ostatně to by vysvětlovalo, proč se tato jinak zajímavá varianta zatím příliš neujala.

1.2 ARB-MED

Pokud se kombinace mediace a arbitráže týče, vykazuje jejich kombinace celou řadu specifík, jež je nutné probrat (1.1.1), než dojde k rozboru některých variant ARB-MED řízení (1.1.2) a k vysvětlení jeho nejčastější verze, kterou je tzv. ARB-MED zapečetěné obálky (1.1.3).

1.2.1 Specifika kombinace mediace a arbitráže

Jak mediace, tak arbitráž narážejí na určité limity, které je možné vnímat jako negativa. Tak je rozhodčímu řízení vytýkáno, že se v posledních letech stalo velmi drahým a relativně dlouhodobým způsobem řešení sporů, které kromě toho zásadním způsobem ovlivňuje trvání dobrých obchodních vztahů stran. Z hlediska ekonomie sporu je jistě nepřijatelné, aby v podstatě marginální spor znemožnil další obchodní spolupráci, jejíž výnosy by mnohonásobně převýšily hodnotu sporu.

Tyto nevýhody, jak bylo ukázáno jinde, u mediace nenalezneme. Ovšem, jak již bylo také řečeno jinde, mediace nedokáže zaručit výsledek na 100%. Pravděpodobnost, že bude dosažena shoda je v souvislosti s úspěšností mediace odhadována na asi 80-85%. Jistotu výstupu naopak zaručuje arbitráž.¹³

¹¹ *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris* (CMAP).

¹² Srovnej CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS: *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, Paris 2006, s. 67.

¹³ Samozřejmě lze toto tvrzení relativizovat ve vztahu k možnostem, jež pro poraženou stranu nabízí řízení o uznání a výkonu rozhodčích nálezů národními soudy.

Pokud by se podařilo nalézt řízení, jež bude kombinací výhod mediace i arbitráže, jednalo by se o postup nanejvýš efektivní a výhodný. Praxe¹⁴ dlouho neváhala a na základě takové úvahy založila tzv. *hybridní modely*, které by vykazovat kombinaci výhod obou řízení – jistoty výstupu a přitom spolupráce na bázi konsensu.

1.2.2 Kombinace ARB-MED

ARB-MED patří k nejefektivnějším způsobům řešení sporů v mezinárodním obchodě vůbec je v podstatě arbitráž, do které jsou vneseny prvky mediace. Struktura ARB-MED je následující:

Zahájení obvyklého rozhodčího řízení, jehož případný nález bude závazný a vykonatelný a strany se v průběhu řízení před vydáním samotného rozhodčího nálezu pokouší nalézt smírné řešení prostřednictvím mediace. Zde se právě mohou varianty lišit:

- a. Rozhodce ve vhodný čas tím, že řízení rozhodčí přeruší,¹⁵
 - i. Rozhodce sám provede mediaci
 - ii. Mediaci provádí nezávislá třetí osoba
- b. Rozhodčí tribunál je oprávněn ve chvíli, kdy to jeho členové považují za vhodné, navrhopvat a hledat řešení.

Pokud se týká varianty a) je třeba odpovědět na otázku, jaké jsou výhody jednotlivých variant: Nevýhodou první je skutečnost, že rozhodce nemusí být současně dobrý či zkušený mediátor. Navíc není zaručeno, že by strany byly nakloněny myšlence sdělovat členům rozhodčího tribunálu své návrhy řešení už z toho prostého důvodu, aby nepoškodily své postavení před eventuálním vyhlášením rozhodčího nálezu.

Ani druhá úprava se však kritice zcela nevyhne. U ní je třeba kritizovat ztrátu hlavní výhody ARB-MED řízení, a sice její ekonomické výhodnosti a efektivnosti. Členové tribunálu jsou totiž s okolnostmi případu dobře seznámeni, a tudíž se ve vztazích stran již jistou dobu pohybují a orientují a nalezení vhodného řešení se tak jeví snadnějším.

¹⁴ Zajímavostí na jejich vzniku je právě to, že pocházejí z praxe. Mnohé jejich kombinace, jak bude ukázáno níže, vznikly přirozenou aktivitou aktérů zúčastněných na běžném ADR řízení. Téměř současně se svým vznikem však hybridní ADR modely vzbudily nesmírné množství emocí mezi jejich zastánci a odpůrci. Samo o sobě toto téma vyvolává celou řadu velmi zajímavých, avšak většinou teoretických otázek, jež se stávají předmětem mnoha zajímavých pojednání. Srovnej MCILWRATH, M. – SAVAGE, J.: *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010., s.85.

¹⁵ V takovém případě by se vlastně měla nazývat ARB-MED-ARB, avšak zavedení takového označení by bylo z hlediska terminologie již naprostým chaosem.

Častěji užívanou variantou každopádně je varianta první, tedy stav, kdy je vybrán jeden rozhodce, který současně plní roli mediátora. Pokud strany mají při vstupu do arbitráže na mysli, že by chtěli zkusit využít prvky mediace, budou své rozhodce vybírat i s ohledem na jejich mediační schopnosti. Lze pouze dodat, že v případě, že rozhodčí doložka bude obsahovat ustanovení umožňující použití mediace arbitrem, měly by strany, respektive příslušná rozhodčí instituce při výběru dotčeného rozhodce vzít tuto skutečnost v potaz.

Tato varianta však vzbuzuje jisté pochybnosti v souvislosti s nestranností a nezávislostí rozhodce. Arbitr, který by v rámci rozhodčího řízení vedl kupříkladu oddělené jednání s některou ze stran, by mohl své postavení významně ohrozit.¹⁶ Následně by mohl být tento argument použit proti němu a celé řízení by se tak mohlo zkomplikovat nebo by byl dokonce jeho průběh ohrožen. Je jasné, že pokud roli mediátora zastává třetí osoba, takové riziko nehrozí.

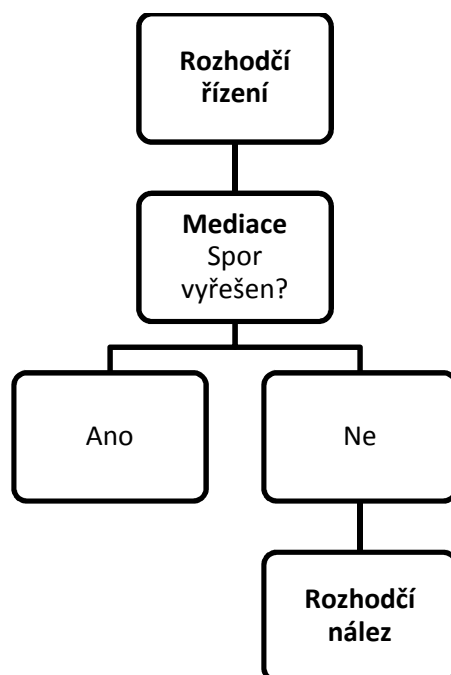
1.2.3 ARB-MED zapečetěné obálky

Dnes patrně nejrozšířenější variantou ARB-MED řízení je tzv. *ARB-MED zapečetěné obálky*, kterou poprvé popsal bývalý šéf sekce práva duševního vlastnictví společnosti *British-American Tobacco* (BAT), Michael Leathes. Rozhodčí doložka se v takovém případě charakterizována tím, že obsahuje tzv. *obálkovou klauzuli*,¹⁷ což je ustanovení smlouvy, které opravňuje tribunál vytvořit znění rozhodčího nálezu a následně jej vložit do zapečetěné obálky. Rozhodčí nález tak vlastně není předložen stranám a tímto aktem vlastně dojde k odložení jeho vydání. Před předáním obálky pak zkusí strany za asistence některého rozhodce nalézt řešení svého sporu prostřednictvím mediace.

¹⁶ Každopádně by byla taková argumentace účelová. Pokud předtím souhlasila s ARB-MED řízením a vědomě tak odsouhlasila dvojroli arbitra se všemi důsledky, které to může mít, je více než zvláštní, že by se najednou domáhala uznání podjatosti arbitra. Ostatně s tímto souhlasí i vybrané soudní rozhodnutí, jakož i národní zákony, jak bude pojednáno níže.

¹⁷ V angličtině: „*envelope clause*“.

Tabulka 9: Struktura ARB-MED zapečetěné obálky (zdroj: autor)¹⁸



V takovém řízení je vlastně nejprve dokončena arbitrážní fáze, a to do téměř absolutního konce, a pak je provedený pokus o nalezení řešení formou mediace, ve které se strany snaží vyjednat dohodu pro ně výhodnější než domnělý výsledek arbitráže, o kterém se však mohou pouze dohadovat.¹⁹

Tento postup byl poprvé užit v případě *BAT v. P MEC* týkajícím se práv duševního vlastnictví ke značkám oblečení. To sice produkovala společnost P MEC, ale příslušné registrované ochranné známky vlastnila tabáková společnost BAT. V rámci restrukturalizace svého podnikání měla BAT zájem značku postoupit a jediným zájemcem byla společnost P MEC. Spor však nastal v souvislosti se stanovením ceny. Následně po společné dohodě jinak dvou spřátelených společností byla zahájena arbitráž, která měla částku plnění licenční smlouvy určit. Po absolvování rozhodčí fáze byl vytvořen rozhodčí nález, který byl vložen do zapečetěné obálky. V následné mediaci působil tentýž rozhodce jako mediátor a po dvou hodinách strany našly shodu na řešení. Otevírat obálku tudíž nebylo nutné.²⁰

Takový postup zcela eliminuje problematiku podjatosti rozhodce, neboť tento v rámci mediační fáze, kdy by teoreticky mohl být ovlivněn stranami, již nemá možnost změnit nález.

¹⁸ Použito v SVATOS, op. cit. sub 2.

¹⁹ LEATHES, M. - BULDER, B. - KERVERS, W. - SCHONEWILLE, M.: *Einstein's Lesson in Mediation*, in *Managing IP*, July–August 2006, dostupné online na <http://www.imimmediation.org>, s. 24, [citováno k 1. září 2013].

²⁰ Ibid, s. 26.

Nevýhodou takového postupu naopak je, že mnohdy nemalé náklady na rozhodčí řízení jsou již vynaloženy, takže se nepovede naplnit jeden z cílů hybridních systémů, tj. ušetření nákladů. Na druhou stranu je třeba doplnit, že v případě úspěchu mediační fáze jsou ušetřeny náklady na výkon rozhodčího nálezu, což jsou mnohdy nemalé prostředky. Navíc druhá přednost, tj. zachování dobrých obchodních vztahů, je zachována.²¹

Vytvořený nález, jenž je uložen mimo dosah stran v zapečetěné obálce, zde vlastně plní dvojí roli. Jednak zaručuje zmíněnou jistotu výstupu, který je doslova nadosah, a jednak jako pomyslný Damoklův meč visí nad stranami, které si samozřejmě nemohou být jisté, nakolik v řízení uspěly. Samotné projednání případu před rozhodčím tribunálem jim navíc mnohdy může otevřít oči a objasnit a zpřesnit jejich reálné procesní postavení, což se může projevit zejména realističtější přístupem při vyjednáváních v mediační fázi.

Pokud i přes veškerou snahu arbitra-mediátora mediace selže, je obálka otevřena a předána stranám. Tak vlastně dodatečně dochází k samotnému aktu vydání rozhodčího nálezu, který se teprve tímto okamžikem stává pro strany závazným. Pokud naopak mediace uspěje a je nalezeno řešení, obálka je zničena a okolnosti a podrobnosti nálezu z pochopitelných důvodů sdělovány nejsou.

1.2.4 Legitimita užití mediace a možné problémy

Zahájení mediace či užití mediačních prvků v rozhodčím řízení samozřejmě není možné bez souhlasu stran, neboť nepatří mezi standardní pravomoci arbitra. Legitimitu pro takovou činnost tak musí rozhodce získat, což je možné před vznikem sporu, ale i po něm, bez ohledu na to, zdali je o sporu uzavřena rozhodčí doložka.

Prvním případem, kdy se s mediací počítá již od samého počátku, je výslovné uvedení této možnosti v rozhodčí doložce. Eventualitou k tomu může být odkaz na pravidla rozhodčí instituce, jež by takový postup umožňovala. V takovém případě je zřejmé, že již při samotném navrhování smlouvy, jež se později stala předmětem sporu, strany nebo jejich právní zástupci s ARB-MED řízením počítali. Další variantou je pak samozřejmě obdobný postup formou kompromisu, tedy následné rozhodčí smlouvy, kterou se ARB-MEDu podřizuje spor již vzniklý.

Velmi často se však můžeme potkat s postupem, kdy je stranám nabídnuta či lépe řečeno objasněna tato možnost teprve po ustanovení rozhodčího tribunálu. I tehdy je možné,

²¹ MCILWRATH – SAVAGE, op. cit., s. 185.

samozřejmě za předpokladu jejich plného souhlasu, k ARB-MED řízení přistoupit. Taková možnost může být také zmíněna kupříkladu v *terms of reference* nebo ihned na počátku řízení v procesním rozvrhu. Průkopníkem tohoto postupu je španělská mediátorka Mercedes Tarazón, která působí rovněž jako rozhodce. Ve vhodných případech, které jsou jí přiřazeny coby arbitráž, nabídne stranám dopisem, zdali nechtějí zvážit mediaci svého sporu. Podle jejích vlastních zkušeností je tento postup velmi úspěšný: Ve čtrnácti případech, kdy strany s tímto způsobem řešení souhlasily, bylo čtrnáct nakonec ukončeno smírem.²²

Ne všechny zkušenosti s ARB-MEDem jsou však takto pozitivní. V nedávné době bylo totiž toto ADR podrobeno zkoušce v soudním řízení, které bylo s napětím sledováno jak jeho zastánci, tak i odpůrci. Údiv byl o to větší, že na pevninské Číně, kde se jeho realie odehrávaly, je kombinace mediace a arbitráže poměrně častá. Šlo o případ *Gao Hai Yan & Another v Keeneye Holdings Ltd & Others* (dále jen „případ Keeneye“),²³ ve kterém hongkongský soud prvního stupně odmítl vykonat rozhodčí nález vydaný v Čínské lidové republice na základě argumentu veřejného pořádku, a to právě v souvislosti s užitím mediace během rozhodčího řízení.²⁴

Soud konkrétně argumentoval, že jednání arbitrů v roli mediátorů by „v pohledu spravedlivě uvažujícího pozorovatele způsobilo podezření z podjatosti.“²⁵

Fakta případu byla následující: Během rozhodčího řízení mezi více žalobci a více žalovanými došlo k situaci, kdy tribunál navrhl, aby žalovaní zaplatili žalobcům 250 milionů Juanů v rámci smírného vyřešení případu. Za účelem prezentace tohoto návrhu zorganizoval jeden z rozhodců večeři v hotelu, které se účastnil kromě jeho samotného také generální tajemník dotčeného rozhodčího soudu a známý žalovaných, který měl o výhodách zmíněné nabídky následně přesvědčit tuto stranu. Tato třetí osoba však zmíněnou nabídku na „přesvědčování“ odmítla. Následně arbitráž pokračovala a byl vydán rozhodčí nález v neprospěch žalovaných.

Během soudního řízení soudce prvního stupně odmítl nález vykonat, když zpochybnil, že by vlastně samotná večeře vůbec byla mediací. Podle jeho úsudku se nejednalo o nic jiného, než o návrh jednoho rozhodce na konkrétní řešení sporu reprodukcujícího názor celého tribunálu.²⁶

²² Srovnej TARRAZON, M.: *Becoming Your Own 'Amiable Compositeur': Arb-Med with Mercedes Tarrazon* (IDN Podcast 52), 2008, online dostupné ve formátu mp3 na <http://www.cpradr.org/>, [citováno k 1. září 2013].

²³ *Gao Hai Yan & Another v Keeneye Holdings Ltd & Others* [2011] HKEC 514 and [2011] HKEC 1626.

²⁴ BARTON, K. – SAJNANI, S.: *Med-Arb and bias: Gao Haiyan v Keeneye Holdings Limited*, listopad 2011, online článek dostupný na <http://www.mallesons.com/>, [citováno k 1. září 2013].

²⁵ GOODRICH, M.: *Arb-med: ideal solution or dangerous heresy?*, 2012, Online text dostupný na <http://www.whitecase.com/>, [citováno k 1. září 2013].

Soud k tomu dodal, že takový postup nemusí nutně znamenat předpojatost tribunálu ve prospěch žalující strany, ale že takový návrh může způsobit podezření z takové předpojatosti, což bylo shledáno jako dostatečné. Závažná ale byla podle názoru soudu i doprovodná fakta. Mezi další argumenty proti výkonu patřilo, že skutečnost, že v rámci večeře byla oslovena třetí strana, jež mohla následně na žalované vyvíjet nátlak, vážnost situace zdůrazňuje už proto, že vůči ní padla výzva, aby na žalovaných „zapracovala“.^{27 28} Soud prvního stupně však nevzal v potaz fakt, že žalovaní se po těchto událostech vůči nim nikterak procesně nevymezili a s právní reakcí počkali až do vyřčení výsledného rozhodčího nálezu.

Této skutečnosti si ovšem naopak všiml hongkongský odvolací soud, jenž asi o osm měsíců později předchozí rozhodnutí zrušil a výkonu rozhodčího nálezu dal zelenou. Hlavním argumentem bylo, že se žalovaní absencí reakce v patřičné době implicitně vzdali námitek, které by jinak v této souvislosti mohli vznést. Kromě toho se však odvolací soud vyjádřil také k argumentům soudu nižšího stupně týkajících se dotčené mediace.

K tomu pravil, že nebylo podivné, že se večeře účastnila třetí strana, neboť vzhledem k jejímu vztahu k žalovaným by se jejich jménem jistě účastnila i případné klasické mediace. Odvolací instance se také vypořádala se slovem „zapracovat“, kteréžto je v pevninské Číně používáno jako synonymum k přesvědčování a nikoliv k nátlaku. Nakonec se dotkla také formátu mediace formou večeře, kterou vzhledem k tomu, že se nejednalo o žádnou hostinu, ale malou večeři, nelze považovat za okolnost, jež by mohla nestrannost tribunálu ovlivnit.

Celkový výstup tak východoasijské vody hybridních procesů značně rozbouřené po prvním rozsudku do značné míry uklidnil.²⁹ Je však nutno zdůraznit, že realie případu jsou do značné míry extrémní a je těžko představitelné, že by se našlo více členů odborné veřejnosti, kteří by zmíněné praktiky rozhodčího tribunálu i samotné rozhodčí instituce v této kauze považovali za přijatelné. I přes tuto negativní zkušenost však velké množství případů, které jsou formou

²⁶ Ibid.

²⁷ Anglicky „work on“. Srovnej ibid, s. 2.

²⁸ Soud si také povšiml toho, že zmíněná částka vysoce převyšovala částku zmíněnou žalovaným jako nejzazší možnou.

²⁹ Samy okolnosti případu Keeneye jsou ilustrací specifického trendu, jenž je patrný v Číně. Zatímco v Čínské lidové republice je průběh mediace a arbitráže velmi ovlivněn tradicí, jsou jejich aktéři, tedy mediátoři a arbitři spíše neznalí podmínek, za nichž tato ADR probíhají ve mezinárodním kontextu. Oproti tomu Hongkong je příkladem velmi vyspělé jurisdikce, v níž jsou tato řízení na mezinárodní úrovni na denním pořádku.

ARB-MED vyřešeny všude po světě, ale zejména právě ve východní Asii dokazují, že je jeho koncept životaschopný a fungující.³⁰

1.3 Právní úprava kombinace mediace a arbitráže

Na rostoucí interakci mediace a arbitráže postupně reagují někteří zákonodárci, kteří tuto kombinaci legitimizují ve svých zákonech. Jde v první řadě o lídry na tomto poli, který jsou Hongkong (4.1) a Singapur (4.2). V nedávné době se do tohoto klubu přidala Austrálie (4.3). Za zmínku však stojí i přístup *Pokynů IBA pro střet zájmu v mezinárodní arbitráži* (4.4), které sice nejsou právním předpisem, ale svým významem a užíváním každodenně prokazují svůj vliv na právo mezinárodních arbitráží.

1.3.1 Hongkong

Jak již bylo řečeno, právě Hongkong patří mezi země, kde je kombinace mediace a arbitráže nejčastěji používána. To vzal v potaz i místní zákonodárce, když v článku 33 nařízení č. 17/2010 o rozhodčím řízení kombinaci mediace a arbitráže doslovně upravil, a to následujícím způsobem:

„Oprávnění rozhodce jednat jako mediátor

(1) Pokud všechny strany písemně souhlasí a dokud některá z nich nevezme písemně svůj souhlas zpět, může rozhodce po té, co rozhodčí řízení začalo, jednat jako mediátor.

(2) Pokud rozhodce jedná jako mediátor, rozhodčí řízení musí být pozastaveno za účelem usnadnění vedení mediačního řízení.

(3) Rozhodce jednající jako mediátor –

(a) může se stranami jednat společně i odděleně;

(b) musí s informacemi, které od stran získá, nakládat jako s důvěrnými, pokud se strany nedohodnou jinak nebo pokud se neuplatní ustanovení odstavce (4).

(4) Pokud—

(a) je důvěrná informace získána od strany v rámci mediačního řízení vedeného rozhodcem coby mediátorem; a

³⁰ Srovnej NAKAMURA, T.: *Brief Empirical Study on Arb-Med in the JCAA Arbitration*, JCAA Newsletter, Number 22 (June 2009), s. 10, dostupné online na <http://www.jcaa.or.jp>, [citováno k 1. září 2013].

(b) takové mediační řízení neskončí dosažením dohody přijatelné pro všechny strany, musí rozhodce, předtím než bude pokračovat v rozhodčím řízení, oznámit všem ostatním stranám všechny informace, které považuje pro rozhodčí řízení za relevantní.

(5) Proti vedení rozhodčího řízení rozhodcem nesmí být vznesena námitka toliko na základě toho, že dotčený rozhodce jednal před tím jako mediátor v souladu s tímto paragrafem.“³¹

1.3.2 Singapur

V podstatě velmi podobně upravuje mediační angažmá rozhodce ve svém právu singapurský zákon o mezinárodním rozhodčím řízení ve svém článku 17:³²

„Oprávnění rozhodce jednat jako konciliátor³³

(1) Pokud všechny strany písemně souhlasí a po dobu, dokud některá z nich nevezme písemně svůj souhlas zpět, může rozhodce či rozhodčí³⁴ jednat jako konciliátor.

(2) Rozhodce či rozhodčí jednající jako konciliátor –

(a) může se stranami jednat společně i odděleně;

(b) musí s informacemi, které od jednotlivých stran získá, nakládat jako s důvěrnými, pokud se strany nedohodnou jinak nebo pokud se neuplatní ustanovení odstavce (3).

(3) Pokud je důvěrná informace získána od strany v rámci konciliačního řízení vedeného rozhodcem nebo rozhodčím coby konciliátorem; a pokud takové konciliační řízení neskončí dosažením dohody přijatelné pro všechny strany, musí rozhodce nebo rozhodčí, předtím než bude pokračovat v rozhodčím řízení, oznámit všem ostatním stranám všechny takové informace, které považuje pro rozhodčí řízení za relevantní.

³¹ V angličtině: „(1) If all parties consent in writing, and for so long as no party withdraws the party's consent in writing, an arbitrator may act as a mediator after the arbitral proceedings have commenced.

(2) If an arbitrator acts as a mediator, the arbitral proceedings must be stayed to facilitate the conduct of the mediation proceedings.

(3) An arbitrator who is acting as a mediator— (a) may communicate with the parties collectively or separately; and (b) must treat the information obtained by the arbitrator from a party as confidential, unless otherwise agreed by that party or unless subsection (4) applies.

(4) If— (a) confidential information is obtained by an arbitrator from a party during the mediation proceedings conducted by the arbitrator as a mediator; and (b) those mediation proceedings terminate without reaching a settlement acceptable to the parties, the arbitrator must, before resuming the arbitral proceedings, disclose to all other parties as much of that information as the arbitrator considers is material to the arbitral proceedings.

(5) No objection may be made against the conduct of the arbitral proceedings by an arbitrator solely on the ground that the arbitrator had acted previously as a mediator in accordance with this section.“ Anglický překlad dostupný online na <http://www.legislation.gov.hk/>, [citováno k 1. září 2013].

³² Singapore International Arbitration Act (Cap. 143A).

³³ Singapurské právo používá místo označení pojmu mediátor termínu konciliátor.

³⁴ Tato dualita se do angličtiny překládá jako *arbitrator and empire*.

(4) Proti vedení rozhodčího řízení nesmí být vznesena námitka toliko na základě toho, že dotčená osoba před tím jednala jako konciliátor v souladu s tímto článkem.”³⁵

1.3.3 Australský modelový zákon o obchodní arbitráži

Zdá se, že i australský modelový zákon o obchodní arbitráži³⁶ se široce inspiroval tímto původně asijským modelem. Zákon postupně přijaly všechny australské státy kromě Teritoria hlavního města Austrálie.³⁷

„Oprávnění rozhodce jednat jako mediátor, konciliátor nebo jiný nerozhodující prostředník

(1) Rozhodce může v řízení v souvislosti se sporem, který panuje mezi stranami rozhodčí smlouvy, jednat jako mediátor (mediační řízení), pokud

(a) rozhodčí smlouva umožňuje rozhodci jednat jako mediátor v mediačním řízení (ať již před, či po zahájení rozhodčího řízení a ať již bude současně probíhat rozhodčí řízení či nikoliv); nebo

(b) všechny strany vydají písemný souhlas s tím, aby tak rozhodce jednal.

(2) Rozhodce jednající jako mediátor -

(a) může se stranami jednat společně i odděleně;

(b) musí s informacemi, které získá od strany, s níž jednal odděleně, nakládat jako s důvěrnými, pokud taková strana nesouhlasí s jiným postupem nebo pokud rozhodčí smlouva upravující mediační řízení nestanoví jinak.

(3) Mediační řízení sporu končí, pokud

³⁵ V angličtině: „(1) If all parties to any arbitral proceedings consent in writing and for so long as no party has withdrawn his consent in writing, an arbitrator or umpire may act as a conciliator.

(2) An arbitrator or umpire acting as conciliator -- (a) may communicate with the parties to the arbitral proceedings collectively or separately; and (b) shall treat information obtained by him from a party to the arbitral proceedings as confidential, unless that party otherwise agrees or unless subsection (3) applies.

(3) Where confidential information is obtained by an arbitrator or umpire from a party to the arbitral proceedings during conciliation proceedings and those proceedings terminate without the parties reaching agreement in settlement of their dispute, the arbitrator or umpire shall before resuming the arbitral proceedings disclose to all other parties to the arbitral proceedings as much of that information as he considers material to the arbitral proceedings.

(4) No objection shall be taken to the conduct of arbitral proceedings by a person solely on the ground that person had acted previously as a conciliator in accordance with this section.“ Anglický překlad dostupný online na <http://www.nadr.co.uk/>, [citováno k 1. září 2013].

³⁶ Model Commercial Arbitration Act 2013.

³⁷ Naposledy přijal relevantní legislativu Queensland. Srovnej MACPHERSON, H. – MCWILLIAMS, A.: *Choose your own Adventure: The New Commercial Arbitration Act 2013 (QLD)*, 2013, online text dostupný přes <http://www.lexology.com/>, poznámka pod čarou č. 1, [citováno k 1. září 2013].

- (a) strany sporu souhlasí s ukončením sporu; nebo
- (b) kterákoliv ze stran vezme zpět svůj souhlas s tím, aby rozhodce jednal v řízení jako mediátor; nebo
- (c) rozhodce řízení ukončí.
- (4) Rozhodce, jenž jednal jako mediátor v již skončeném mediačním řízení, nemůže následně vést rozhodčí řízení o sporu bez písemného souhlasu všech stran daného při nebo po skončení mediačního řízení.
- (5) Pokud strany souhlasí podle odstavce (4), nemůže být následně vznesena žádná námitka v souvislosti s vedením následného rozhodčího řízení rozhodcem toliko na základě toho, že rozhodce předtím jednal jako mediátor v souladu s tímto článkem.
- (6) Pokud strany neudělí souhlas podle odstavce (4), mandát rozhodce se považuje za skončený podle ustanovení článku 14 a náhradní rozhodce je ustanoven podle článku 15.
- (7) Pokud rozhodce obdrží důvěrnou informaci v rámci mediačního řízení, jak je předvídáno v odstavci (2) (b), a mediační řízení je skončeno, rozhodce musí předtím, než bude následně pokračovat rozhodčím řízením týkajícím se téhož sporu, oznámit všem stranám rozhodčího řízení všechny informace, jež považuje za relevantní pro rozhodčí řízení.
- (8) V tomto článku zahrnuje označení mediátor také konciliátora a jiného nerozhodujícího prostředníka mezi stranami.³⁸

³⁸ V originále: „Power of arbitrator to act as mediator, conciliator or other non-arbitral intermediary
(1) An arbitrator may act as a mediator in proceedings relating to a dispute between the parties to an arbitration agreement (mediation proceedings) if—
(a) the arbitration agreement provides for the arbitrator to act as mediator in mediation proceedings (whether before or after proceeding to arbitration, and whether or not continuing with the arbitration); or
(b) each party has consented in writing to the arbitrator so acting.
(2) An arbitrator acting as a mediator—
(a) may communicate with the parties collectively or separately; and
(b) must treat information obtained by the arbitrator from a party with whom he or she communicates separately as confidential, unless that party otherwise agrees or unless the provisions of the arbitration agreement relating to mediation proceedings otherwise provide.
(3) Mediation proceedings in relation to a dispute terminate if—
(a) the parties to the dispute agree to terminate the proceedings; or
(b) any party to the dispute withdraws consent to the arbitrator acting as mediator in the proceedings; or
(c) the arbitrator terminates the proceedings.
(4) An arbitrator who has acted as mediator in mediation proceedings that are terminated may not conduct subsequent arbitration proceedings in relation to the dispute without the written consent of all the parties to the arbitration given on or after the termination of the mediation proceedings.

S kritikou se setkává zejména povinnost med-arbitra oznámit stranám všechny relevantní informace, jež během mediační fáze získá od stran. Na jednu stranu jde o pochopitelnou snahu vyrovnat se s problematikou oddělených jednání, jež jsou v mediaci běžné a v arbitráži nepřijatelné.³⁹ Na druhou stranu jsou tak vlastně strany odrazovány, aby mediátorovi cokoliv důvěrného sdělovaly. V praxi by se tak mnohem lépe uplatnil model, během něhož by k separátním jednáním vůbec nedocházelo a během něhož by všichni zúčastnění zůstali v místnosti přítomní po celou dobu. Zkušený mediátor jistě dovede strany ke smíru i bez tohoto nástroje a jakékoliv pochybnosti by tak byly odstraněny.

Dalším problémovým bodem je odstavec (4). Ten vlastně zbytečně komplikuje průběh MED-ARB řízení, když po skončení první fáze vyžaduje souhlas s tím, aby rozhodce jednal i v druhé fázi. Jak již bylo řečeno výše, takový souhlas by měl být dán hned na začátku řízení, aby se předešlo účelovým zneužíváním nutného souhlasu.

1.3.4 Pokyny IBA pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži

Problematicke mediace v kombinaci s rozhodčím řízením a následkům takového spojení ve vztahu k nestrannosti a nezávislosti rozhodce se věnují také *Pokyny IBA pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži*. Pokyny k tomu konkrétně dodávají v souladu s obecným principem č. 4:

„(d) Rozhodce je oprávněn pomáhat stranám při řešení jejich sporu smírnou cestou, a to v jakékoliv fázi řízení. Avšak předtím, než tak učiní, musí strany výslovně projevit souhlas, že takové jednání mu nebude bránit ve výkonu funkce rozhodce v daném rozhodčím řízení. Takový výslovný souhlas je považován za účinné zřeknutí se jakékoliv námitky potencionálního střetu zájmu, který by mohl z takového působení v daném řízení vzejít nebo který by mohl souviset s informacemi, jež se rozhodce dozvěděl během tohoto procesu. Strany jsou takovým zřeknutím vázány i v případě, že působení rozhodce v dané věci nevede k

(5) If the parties consent under subsection (4), no objection may be taken to the conduct of subsequent arbitration proceedings by the arbitrator solely on the ground that he or she has acted previously as a mediator in accordance with this section.

(6) If the parties do not consent under subsection (4), the arbitrator's mandate is taken to have been terminated under section 14 and a substitute arbitrator is to be appointed in accordance with section 15.

(7) If confidential information is obtained from a party during mediation proceedings as referred to in subsection (2)(b) and the mediation proceedings terminate, the arbitrator must, before conducting subsequent arbitration proceedings in relation to the dispute, disclose to all other parties to the arbitration proceedings so much of the information as the arbitrator considers material to the arbitration proceedings.

(8) In this section, a reference to a mediator includes a reference to a conciliator or other non-arbitral intermediary between parties. „Anglická verze dostupná online např. z <http://www.austlii.edu.au/>, [citováno k 1. září 2013].

³⁹ GOODRICH, op. cit., s. 6.

*uzavření smíru. I navzdory této dohodě by měl ovšem rozhodce v souladu s Obecným principem 2(a) rezignovat, pokud sám následkem své účasti ve smírčím řízení nabude pochyby o schopnosti zůstat v dalším průběhu rozhodčího řízení nepodjatý a nezávislý.*⁴⁰

Podle pracovní skupiny byl tento princip do Pokynů implementován z důvodu nejednoty přístupů jednotlivých právních řádů ohledně role rozhodčího tribunálu při dosahování smíru stranami. To je ostatně důvod, proč Pokyny vyžadují v takovém případě informovaný souhlas stran k takovému postupu, a to již před jeho zahájením. Na druhou stranu právě takový souhlas by měl představovat efektivní zřeknutí se námitek ohledně případného střetu zájmu. Není bez zajímavosti, že Pokyny vyžadují pouze tzv. výslovný souhlas, ačkoliv připouštějí, že některé právní řády požadují souhlas písemný, jak bylo ukázáno výše. Z pohledu Pokynů je dostatečné, pokud je takový souhlas zaznamenán v zápisu či přepisu slyšení.⁴¹

Pracovní skupina⁴² dále dodává, že z důvodu zabránění manipulace s celkovým výsledkem mediačního řízení ze strany sporných stran, je do Pokynů vloženo pravidlo o zřeknutí se námitek předpojatosti rozhodce toliko na základě jeho předchozího působení ve sporu. Toto prohlášení pak logicky zůstává v platnosti, kdy mediace selže a nastupuje rozhodčí řízení.

Riziko související se sdělenými informacemi tak zůstává výhradně na stranách a je tedy podle Pokynů rolí stran a zejména jejich právních zástupců zvážit, které z nich med-arbitrovi sdělit a které nikoliv. Nakonec Pokyny ještě nabádají, aby vzhledem ke specifčnosti funkce rozhodce v dané situaci strany zvážily, zdali neupraví podrobným způsobem pravomoci konkrétního rozhodce, jenž bude vykonávat roli mediátora. Takové doporučení lze pouze podpořit.

⁴⁰ V originále: „An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute at any stage of the proceedings. However, before doing so, the arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrator from continuing to serve as arbitrator. Such express agreement shall be considered to be an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator's participation in such process or from information that the arbitrator may learn in the process. If the assistance by the arbitrator does not lead to final settlement of the case, the parties remain bound by their waiver. However, consistent with General Standard 2(a) and notwithstanding such agreement, the arbitrator shall resign if, as a consequence of his or her involvement in the settlement process, the arbitrator develops doubts as to his or her ability to remain impartial or independent in the future course of the arbitration proceedings.“

⁴¹ Viz Pokyny pro střet zájmů v mezinárodní arbitráži, Vysvětlení k Obecnému principu 4, český překlad dostupný online na <http://forarb.com>, [citováno k 1. září 2013].

⁴² Členy pracovní skupiny pro přípravu pokynů byli: (1) Henri Alvarez, Kanada; (2) John Beechey, Anglie; (3) Jim Carter, USA; (4) Emmanuel Gaillard, Francie; (5) Emilio Gonzales de Castilla, Mexiko; (6) Bernard Hanotiau, Belgie; (7) Michael Hwang, Singapur; (8) Albert Jan van den Berg, Belgie; (9) Doug Jones, Austrálie; (10) Gabrielle Kaufmann-Kohler, Švýcarsko; (11) Arthur Marriott, Anglie; (12) Tore Wiwen Nilsson, Švédsko; (13) Hilmar Raeschke-Kessler, Německo; (14) David W. Rivkin, USA; (15) Klaus Sachs, Německo; (16) Nathalie Voser, Švýcarsko (zpravodaj); (17) David Williams, Nový Zéland; (18) Des Williams, JAR; (19); Otto de Witt Wijnen, Nizozemí (Předseda).

1.4 Senior Executive Appraisal Mediation - SEAM

Na závěr exkurze do světa jiných ADR je vhodné zmínit tzv. *Mini-trial Mediation* nebo také SEAM⁴³ (*Senior Executive Appraisal Mediation*), který je dalším příkladem hybridních řízení kombinující mediaci s dalšími ADR. V tomto případě právní zástupci stran absolvují simulované soudní řízení, jehož tribunál je ovšem tvořen seniorním managementem společnosti a případně třetí osobou – neutrálem. Účelem tohoto panelu není vydání rozhodnutí, ale získání náhledu a zpětné vazby na spor jako takový. Cílem je, aby si strany uvědomily, jak si ve sporu stojí a jaké mají šance v případné arbitráži či soudním řízení. Současně také strany získají náhled na spor z pohledu druhé argumentující strany.

SEAM je vhodný zejména pro větší organizace neboť „zástupce“ strany v panelu by neměl být osobně v konfliktu zúčastněn. Samotný proces by neměl být příliš formalizovaný a v podstatě by se neměl držet striktních pravidel, jaká jsou kladena na občanské soudní řízení. Běžné je užívání důkazních materiálů či power-pointových prezentací. Během ústní části klade mediátor a zástupci seniorního managementu otázky tak, aby jim byl celý spor objasněn. Na prezentaci však mají obě strany zpravidla limitovaný čas. To je jednak donutí omezit argumentaci na nezbytně nutnou dobu, jednak to zajišťuje časovou efektivitu celého řízení.⁴⁴

Pokud se členové senior managementu neshodnou na řešení, přichází následně po ukončení prezentací na řadu mediaci, které se účastní bývalí členové tribunálu, tj. zástupci společnosti. Samotná mediaci pak již v podstatě probíhá bez velkých odlišností. Právě svoji provázaností s mediací se SEAM liší od klasického *mini-trialu*, kde se s mediací automaticky nepočítá.

2. MEDIACE INVESTIČNÍCH SPORŮ

Jak již bylo několikrát v této práci uvedeno, mediaci není monotematicky zaměřeným způsobem řešení sporu, který by byl vhodný toliko pro jednu oblast sporu. I v oblasti obchodu a to zejména mezinárodního se nacházejí spory, které si navzájem nejsou příliš podobné a které se zakládají na zcela odlišných principech, důvodech a právních doménách. To, že se dá mediaci použít na prakticky celém spektru takových konfliktů, dokazuje její univerzálnost, což je jenom zdůrazňováno nedávným vývojem, kdy tento ADR pronikl i do vod do té doby výhradně náležejících rozhodčímu řízení – do investičních sporů.

⁴³ Viz HANGER, I.: *Senior executive appraisal mediation*, in ADR Bulletin, Vol. 2000, No. 4, s. 45.

⁴⁴ EDELMAN, L. – CARR, F. – CREIGHTON, J. L.: *The Mini-trial*, US Army Corps of Engineers, Ft. Belvoir 1989, s. 1.

Tento nástup je prozatím velmi pozvolný, avšak stabilní. Patrně to způsobuje i fakt, že současný systém řešení těchto sporů se postupně dostává do krize (2.1). To, že této příležitosti doposud nebyl využito masověji, patrně způsobuje fakt, že pro tento druh sporů je třeba zvolit specifický mediační přístup (2.2). Tak jako i v jiných oblastech, i zde se po praktických zkušenostech prokázalo, že má v tomto směru mediace několik omezení (2.3), ale i výhod (2.4).

2.1 Krize jako příležitost

V posledních letech můžeme být svědky postupné angažovanosti mediace v oblasti, která byla do nedávné doby výsadní doménou arbitráže. Jde o řešení investičních sporů. Tato specifická doména práva, která pomáhá chránit zahraniční investice v třetích státech, je dnes velmi silně provázána s arbitráží, přičemž dynamický rozvoj, který bylo možno vidět na přelomu tisíciletí, tento fakt pouze potvrzuje. Od několika málo řízení v roce 1992 po 514 případů v roce 2012.⁴⁵ Koneckonců je to právě tato forma arbitráže, která je velmi dobře známá i široké veřejnosti, a to i té české v souvislosti s několika prohranými arbitrážemi České republiky v posledních letech.⁴⁶

S tímto vnímáním, které jistě není příliš pozitivní, ovšem souvisí i kritika směrem k samotnému systému investičních arbitráží. Je to právě tlak široké veřejnosti na politickou reprezentaci států, která vede tyto aktéry ke kritizování tohoto etablovaného systému a k postupným změnám. Zmínit tak lze zejména exodus některých zejména latinskoamerických států ze struktur investiční arbitráže. V nedávné době tak učinil Ekvádor, Bolívie nebo Venezuela. Existuje ovšem celá řada nikoliv bezvýznamných států, které se do investičního systému buď vůbec nezařadily, jako tomu je v případě Brazílie, nebo z něj vystoupily upřednostňující své vlastní soudy, jak učinila kupříkladu Austrálie. Významné změny, jež by měly vést ke spravedlivějšímu a efektivnějšímu procesu, ovšem chystá také Evropská unie, a tak se pomalu začíná hovořit o tom, zdali nenápadně probíhající změny neznamenají začátek významné revoluce a konce systému investičních arbitráží tak, jak jej známe.⁴⁷

Zdá se, že z takového vývoje by mohla těžit právě mediace, což má podporu mnoha mezinárodních institucí a národních aktérů. Všeobecná touha uplatnit při řešení investičních

⁴⁵ MANIRUZZAMAN, M.: *A Rethink of Investor-State Dispute Settlement*, 2013, online text dostupný na <http://kluwerarbitrationblog.com/>, [citováno k 1. září 2013].

⁴⁶ Zmínit lze kupříkladu související kauzy *CME v. Czech Republic* a *Lauder v. Czech Republic*, nebo spor *NOMURA v. Czech Republic*.

⁴⁷ STEVENS, M. – LOVE, B.: *Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions*, 2009, online text dostupný na <http://www.cedr.com/>, [citováno k 1. září 2013].

sporů nedirektivní prostředky vedly kupříkladu IBA k přijetí *IBA Pravidel pro mediaci mezi investorem a státem*.⁴⁸ Naopak více propagační kurz zvolila kupříkladu OECD, která k tomuto tématu uspořádala celou řadu konferencí a přednášek.⁴⁹

A právě použití mediace v investičních sporech vzbuzuje velmi různorodé reakce,⁵⁰ od zmíněné podpory po jistý skepticismus, který je ospravedlňován zejména odkazem na malé množství doposud proběhnutých případů.⁵¹ V tomto směru je však vhodné připomenout, že samotný systém investičních arbitráží čelil obdobnému skepticismu ještě před pár dekadami.⁵²

Jasně výhody mediace jako nástroje pro řešení investičních sporů jsou, že se jedná o přátelské, nikoliv direktivní řešení, které nemusí nutně způsobit exodus investora či konec jeho investic v zemi. Navíc se lze pohybovat v mnohem širších mantinelech a dosáhnout tak pro obě strany mnohem výhodnějších řešení, jež by se v rámci arbitráže nemohly vyskytnout. Otázkou zůstává, zdali by mediace byla výrazně levnější než arbitráž. Jistých úspor by jistě bylo dosaženo a také sekundární dopady na ekonomiku by byly výrazně menší. Role velkých advokátních kanceláří, která v oblasti nákladů zasahuje značnou měrou, by však patrně omezena nebyla. Naopak by se mělo podařit zkrátit dobu, během níž spor probíhá. Ačkoliv by mediace nedosáhla takové rychlosti, jako v případě běžné obchodní mediace, oproti arbitráži by byla úspora časová velmi významná.

Mezi problematická místa jsou řazeny zejména dva argumenty: Nevhodnost běžných mediačních praktik pro potřeby investiční arbitráže a reálné politické riziko, které akceptace mediace představuje pro zástupce státu,⁵³ nebo že mediaci neumožňuje konkrétní klauzule v BIT zakládající jurisdikci rozhodčího tribunálu.⁵⁴

2.2 Vhodný mediační přístup

Je zřejmé, že investiční spor je naprosto odlišný od běžného obchodního sporu, který je třeba v mediaci řešit. Vyskytují se zde zcela odlišné zájmy zúčastněných stran i mnohem širší pole

⁴⁸ IBA Rules on Investor-State Mediation.

⁴⁹ MANIRUZZAMAN, *ibid.*

⁵⁰ KALICKI, J. E.: *Mediation of Investor-State Disputes: Revisiting the Prospects*, 2013, online text dostupný na <http://kluwerarbitrationblog.com/>, [citováno k 1. září 2013].

⁵¹ Ve vztahu k ICSID je to 7 uzavřených případů a 2 probíhající. Srovnej <https://icsid.worldbank.org>, [citováno k 15. září 2013].

⁵² V prvních 20 letech existence ICSID (tj. v letech 1965-1984) bylo registrováno toliko 18 arbitrážních případů. Srovnej KALICKI, *op. cit.*

⁵³ MANIRUZZAMAN, *op. cit.*

⁵⁴ Srovnej NURRICK, L. – SCHNABLY, J.: *The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago*, in RAYFUSE, R. (ed.): *ICSID Reports: Reports of Cases Decided Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965*, Cambridge University Press, 1994, s. 399.

důvodů sporu a souvisejících problémů. Současně zde do hry vstupují také normy mezinárodního práva veřejného.

Navíc nelze přehlédnout přítomnost veřejného zájmu a zájem daňových poplatníků prakticky ve všech sporech, což jsou velmi významné faktory, které naopak v běžné mediaci zastoupeny nejsou. Jak již však bylo prokázáno, mediace je reprezentována velmi širokou paletou modelů a stylů, a tak v podstatě nebude problém vhodný přístup najít a zvolit. To bude samozřejmě souviset také s rolí a postavou osobnosti mediátora. Podle některých názorů je však toto největším kamenem úrazu celého systému: Mediátorů schopných vést investiční spory je doposud velmi málo.⁵⁵

Předpokládá se, že vhodnější pro investiční spory bude spíše mediace založená na faktech a právní evaluaci, nežli klasická mediace založená na zájmech. V tomto směru by také odpovídal postup ICSID, jenž pro svoje pravidla zvolil právě tento přístup. Jako ilustraci lze zvolit vůbec první případ vedený podle ICSID Pravidel conciliačního řízení ve věci *Tesoro Petroleum Corporation and the Government of Trinidad and Tobago*⁵⁶ a v jeho procesních reáliích se inspirovat.

2.3 Překážky pro širší užití

Důvody nízkého počtu mediací v investičních sporech jsou spatřovány v několika faktorech. Jednak jde o nedostatečnou propagaci a prezentaci této možnosti samotnými institucemi nabízejícími takové řízení, jako je kupříkladu právě ICSID, jednak v nedůvěře v evaluativně založený způsob vedení mediace v souvislosti se zněním konkrétních pravidel a nakonec i v nedostatku odborníků na tuto problematiku, kteří by mohli sloužit jak jako mediátoři, tak jako právní zástupci stran či alespoň jako jejich poradci. Je totiž jasné, že znalosti, které vyžadují investiční arbitráže, jsou značně odlišné od schopností, jež je nutné vykazovat v mediačním řízení.

Nemalým problémem může být absence vykonatelného výstupu z konciliace.⁵⁷ Na rozdíl od snadno vykonatelného rozhodčího nálezu v rámci investiční arbitráže, jež jsou vykonatelné

⁵⁵ MANIRUZZAMAN, op. cit.

⁵⁶ Srovnej NURRICK – SCHNABLY, op. cit.

⁵⁷ Jak připomíná Geoff Sharp pod již citovaným příspěvkem J.E. Kalické *Mediation of Investor-State Disputes: Revisiting the Prospects*.

zejména díky newyorské úmluvě,⁵⁸ obdobný nástroj v případě mediačních dohod doposud chybí.

V této souvislosti je někdy zmiňován postup formou vydání rozhodčího nálezu pro uznání, který by do sebe obsáhl mediační dohodu a tak ji učinil vykonatelnou.⁵⁹ Takový postup ovšem z důvodů, které byly uvedeny výše kritizován, může vykazovat značná rizika.

Asi největší překážku pro samotný průběh pak bude představovat nutnost, aby byly strany zastoupeny osobami s dostatečným oprávněním zavazovat stranu. Zejména ze strany státu bude celá řada otázek velmi politických a osoby jednající za stát v arbitráži zpravidla nejsou politici, ale úředníci.

Na druhou stranu nelze o výše uvedených problémech hovořit jako o překážkách, ale jako o komplikacích.

2.4 Výhody mediace v investičních věcech

Oproti předchozím názorům, že arbitráž šetří čas a finanční náklady, a to i v investičních sporech, se dnešní přístup podstatně liší. Vyrůstá množství případů, které trvají roky a stojí miliony.⁶⁰ Průměrný případ ICSID arbitráže tak podle statistik zabere 3,6 roku,⁶¹ ovšem naleznou se i takové extrémy jako 10,5 roku trvající *Pey Casado v Chile* či 7,5 roku trvající *ČSOB v Slovakia*. Faktory stojící za touto problematikou mohou být různé – od komplikovanosti těchto sporů, po pracovní přetížení vybraných rozhodců. Mediace sama o sobě vykazuje kratší časy a nejinak je tomu v případě investičních sporů, ačkoliv takové řízení samozřejmě trvá déle, než v běžných obchodních sporech. S konkrétními pravidly jsou totiž v tomto směru spojeny různé komparativní výhody. Kupříkladu *ICSID Konciliační pravidla* vyžadují přítomnost toliko jednoho mediátora a i jeho příprava na proces je samozřejmě výrazně kratší.⁶²

Na druhou stranu je nutné dodat, že nikoliv všechny mediační případy končí dohodou a v takovém případě je mediační fáze nástavbou k celkově již dost velké časové prodlevě. K tomu však lze dodat, jak již bylo učiněno na jiném místě, že čas investovaný do mediace

⁵⁸ Zejména díky newyorské úmluvě (Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů uzavřená dne 10. června 1958 v New Yorku).

⁵⁹ Viz KALICKI, op. cit.

⁶⁰ Viz ibid.

⁶¹ Srovnej SINCLAIR, A.: *ICSID arbitration: how long does it take?* In Global Arbitration Review, GAR journal, Vol. 4 No. 5.

⁶² Srovnej KALICKI, op. cit.

není časem zcela ztraceným, nýbrž může být využit na analýzu případu a přijetí leckdy realističtějších postojů jednotlivými stranami.

O tom, že je v investičních sporech místo pro mediaci hovoří i fakt, že asi ve 24 % případů všech investičních arbitráží (sic!) podle pravidel ICSID bylo stranami dosaženo smíru před vydáním rozhodčího nálezu, což je nikoliv zanedbatelné číslo⁶³ představující vysoký potenciál jejího uplatnění v tomto odvětví.

Další velkou výhodou může být mlčenlivost a důvěrnost mediace. Jak známo, arbitráže přitahují zvýšenou pozornost médií i celé veřejnosti, přičemž tento trend se zdá být z pochopitelných důvodů stále silnější. Oproti tomu mediace umožňuje zachování mlčenlivosti. Tak kupříkladu článek 10 *IBA Pravidel o mediaci mezi investorem a státem* praví:

„Článek 10. Mlčenlivost a důvěrnost

*1. Mediace je neveřejná. Pokud se strany a mediátor nedohodnou jinak, žádná osoba odlišná od mediátora, stran, právního zástupce stran nebo od osoby určené v souladu s článkem 9.2 se nesmí účastnit jakékoliv části mediačního řízení nebo jakékoliv komunikace v souvislosti s mediací, ani je slyšet či vidět.“*⁶⁴ Pravidla pak podrobně upravují důvěrnost ve vztahu k předloženým dokumentům a případným sporům z mediace vzešlých.

Na druhou stranu míra mlčenlivosti bude samozřejmě odviset od zvolené instituce a v případě ICSID konciliačního řízení bude dokonce spíše nižší. To je způsobeno tím faktem, že o všech případech vedených při ICSID (a mediaci z toho nevyjímaje) se vede veřejný seznam popisující relativně podrobně průběh řízení.

Nakonec je třeba připomenout, že mediace nabízí jako jednu z hlavních výhod možnost obnovit nebo alespoň udržet obchodní a jiné vztahy. Ačkoliv v některých případech, kdy je investice nenávratně zhatěna, nebude pro investory tento argument přesvědčivý, v jiných případech, pokud by byla využita včas, by mediace mohla zachovat investici funkční k obojímu prospěchu jak hostujícího státu, tak investora.

⁶³ Viz ibid.

⁶⁴ V angličtině: „Article 10. Privacy and Confidentiality 1. The mediation shall be private. Unless the parties and the mediator otherwise agree, no person other than the mediator, the parties, their representatives or other people identified pursuant to Article 9.2 shall be permitted to attend, hear or view any part of the mediation or any communications relating to the mediation.“

Ať tak či onak, je zřejmé, že mediace do pole investičních sporů vstoupila rozhodným a přesvědčivým krokem a že v tomto směru můžeme očekávat její další rozvoj.

NAMÍSTO ZÁVĚRU: MALÉ ZAMYŠLENÍ NAD BUDOUCNOSTÍ

Pokud bylo v úvodu práce odkázáno na citát J. Clavella, že skutečným cílem války je mír, je třeba tuto obecnou pravdu vztáhnout na realitu obchodních sporů, ať již se jedná o ty mezinárodní či domácí. Skutečným cílem soudních a rozhodčích bitev nejsou tato jednání sama o sobě, ale výsledný cíl – stav smíru, který umožňuje aktérům nadále obchodovat a přispívat tak k posilování ekonomie. Tato nutnost se projevila ještě silněji během ekonomické krize. V tomto směru je tak třeba rozlišovat mezi nástrojem a cílem. Zatímco nástroje nikdy nejsou pevně definované, cíle ano. Prostředky by se tak vždy měly vybírat takové, které s co nejmenším zatížením na strany přispějí k cíli co nejrychleji.

Obchodní spory jsou průvodním jevem jakékoliv obchodní interakce a jako takové provází lidstvo od nepaměti. Jednotlivé kultury se však od sebe vždy lišily, pokud se týká způsobu jejich řešení. Nápravy se dostávalo někdy válkou a někdy žalobou k soudu. V podstatě nejlepších výsledků se však vždy dosáhlo tehdy, pokud se strany spolu dokázaly dohodnout. V takových případech totiž mohl nadále fungovat jejich hospodářský styk, což vedlo k prosperitě celé společnosti. Tento fakt znali ve starém Řecku i Římě¹ a znají jej i moderní státy v západní Evropě, severní Americe a východní Asii. Přidá se mezi ně i česká společnost?

Je zřejmé, že obchodní spory prokazují oproti sporům z jiných oblastí vysokou specifičnost, pokud se týká jejich aktérů, předmětu, ale i aplikované právní úpravy. Největší rozdíl však lze snadno spatřovat právě v potřebách sporných stran. Rychlé a efektivní řešení je to, co obchodníci ocení nejvíce. Dlouhodobé soudní či rozhodčí řízení, které přinese po letech drahých a náročných procesů nejasný výsledek jistě není nejvíce žádaným výsledkem.

Je však právě mediace to, co takový rychlý a efektivní výstup zajistí? V rámci této práce jsme na tuto otázku postupně hledali odpověď. Nejdříve jsme nahlédli na základní charakteristiku mediace, tj. zejména na to, jaké postavení má v rámci systému ADR, jaký je její vztah k jiným řízením a kde leží pomyslné hranice, které ji od arbitráže, ale i od soudního smíru a dalších ADR oddělují.

¹ O historii mediace srovnej výše v této práci také BURGESS, H. – BURGESS, G. M.: *Encyclopedia of Conflict Resolution*, ABC-CLIO: Santa Barbara 1997. Stopy mediace lze dokonce vysledovat až do starých řeckých legend a pověstí. Podle některých autorů to byl právě Zeus, kdo se stal vůbec prvním mediátorem v případě sporu bohyně Démétrý a boha Háda o Persefonu. Srovnej GUTIERREZ, A.: *The Seasons of Alternative Dispute Resolution: A Study of Mediation Tactics in the Context of Ancient Greek Mythology*, in *American Journal of Mediation*, Vol. 6, 2012.

Následně jsme se zabírali problematikou cesty, kterou musí strana urazit od vzniku sporu k samotnému mediačnímu jednání. Tyto předběžné otázky, jak bylo ukázáno, vzbuzují asi největší množství emocí, a to zejména proto, že sem patří i tzv. *mandatorní mediaci*, tedy mediace povinná. Na italském i českém příkladu jsme si ukázali, jaké jsou její varianty.

Dále jsme se soustředili na osobu vhodného mediátora, který spor stranám pomůže překonat a který bude současně dodržovat všechny povinnosti, jež jsou od něj vyžadovány. To se projeví zejména v samotném mediačním řízení, ať již se bude jednat o mediaci ad hoc či o řízení podle pravidel konkrétní ADR instituce. V každém případě však bude takový průběh, jakož i potencionální výstup především v rukou stran. Ostatně obsah mediační dohody, kterou v případě úspěšnosti jednání strany mezi sebou podepíší, ovlivňuje toliko jejich vůle. Průvodním jevem všech těchto kapitol byla velká flexibilita a pružnost tohoto ADR řízení.

A právě tento charakter dobře odpovídá nejrůznějším potřebám, jež mohou jednotlivé situace vyskytující se ve světě obchodu vyžadovat. Přesto se mediace v tomto bodě nezastavuje a hledá další a další varianty, jak usnadnit aktérům vnitrostátního i mezinárodního obchodu jejich fungování. Příkladem této všestrannosti, jak bylo ukázáno, jsou tzv. hybridní ADR procesy (zejména MED-ARB a ARB-MED), které představují kombinaci dvou nejúspěšnějších mimosoudních způsobů řešení sporů a které vznikly právě jako odpověď na nedostatek konsensuálního řešení v arbitráži a absenci jistoty výstupu v mediaci.

V dynamickém světě 21. století nebudou strany ochotny podřizovat se rigidním pravidlům, ale naopak budou hledat kreativní řešení, které se přizpůsobí jejich potřebám. A právě to je základní výhoda, kterou mediace nabízí.

Samozřejmě každá mince má dvě strany. Přes celou řadu komparativních výhod, mezi něž se na přední místo řadí rychlost a efektivnost, je s jejím fungováním spojena celá řada témat, která je třeba podrobit zkoumání. Je to právě jistá novost tohoto institutu, co vzbuzuje celou řadu otázek, na které se po jistý čas budou hledat odpovědi.

Z historie se můžeme poučit, že zodpovězení takových témat probudí témata nová a nová. Máme se toho bát? Jen těžko by bylo možné označit odbornou a věcnou diskuzi za nepřínosnou. Vždyť takovým vývojem si prošly i další oblasti práva, z nichž mnohé, jako mezinárodní obchodní či investiční arbitráže, mají k mediaci velmi blízko.

Navíc takové fórum bude jasným důkazem, že se mediace v českém právním prostředí stane etablovaným institutem, což přispěje nejenom k ulehčení práce soudců a advokátů, ale

především ke zkvalitnění a zlepšení úrovně řešení sporů. Obchodní vztahy z takové situace budou jistě profitovat nejvíce, a tak je taková diskuze více než žádoucí.

Doufejme tedy, že k této debatě tato práce alespoň malou měrou přispěje...

RESUMÉ: MEDIACE A OBCHODNÍ SPORY: VNITROSTÁTNÍ A MEZINÁRODNÍ PERSPEKTIVY

Prostředí, odkud se vnitrostátní a mezinárodní obchodní spory rekrutují, je velmi specifické. Na jednu stranu vykazuje velké množství vzájemně propojených právních vztahů, nejrozličnějších subjektů i množství různorodých právních i ekonomických témat, na druhou stranu požadují jejich aktéři rychlý a efektivní výstup za současného zachování maximální důvěrnosti a dobrých obchodních vztahů.

Zdá se, že nástrojem, jenž by se s takto protichůdnými požadavky dokázal vyrovnat je právě mediace, která oproti jiným, direktivním způsobům řešení sporů, nabízí zapojení konsensu a kreativity a přitom zůstává minimálně formální. Její vysoká úspěšnost pohybující se nad hranicí 80%, jakož i nízké náklady a rychlost se zdají být ideálními předpoklady pro její časté využívání při řešení obchodních sporů.

Je tomu však tak skutečně? Nabízí mediace jenom samé výhody? A proč tedy není dominantním způsobem řešení sporů? Na tyto a další otázky se snaží najít odpověď tato práce.

Ve své první části se zaměřuje na problematiku samotného konceptu mediace jako mimosoudního způsobu řešení sporů založeného na bázi konsensu. Zde také dochází k ujasnění základních termínů, jako je ADR (alternativní řešení sporů), conciliace nebo samotná mediace. Právě toto nezbytné vymezení umožňuje vyjasnění hranic, které mediaci oddělují od jiných, často podobných řízení. Je přitom jasné, že vzhledem ke globálnímu výskytu mediace nabývá tato pod vlivem geografických, právních, ale i jiných faktorů nejrozličnějších podob, které lze podle určitých kritérií kategorizovat do tzv. mediačních modelů. Ať už se ale jedná o mediaci odbornou radou, nebo mediaci transformativní, nikdy neunikne významným interakcím s právním prostředím a jeho systémy. Není asi překvapivým zjištěním, že se tak děje na nejrozličnějších úrovních – počínaje národní, přes evropskou a mezinárodní konče.

Pokud jsou tyto základní vztahy vyjasněny, je připravena půda pro postupné chronologické zkoumání mediačního řízení. Na řadu samozřejmě nejprve přicházejí otázky spojené s fází před samotným zahájením mediace. Této problematice, jež by se mohla nazvat *cestou k mediaci*, je právě věnována druhá část této práce. V tomto směru je nejprve diskutována propagace mediace a její právní pozadí. To samozřejmě není možné učinit bez patřičné reflexe vhodnosti jednotlivých sporů pro řešení prostřednictvím mediace. Těžištěm této části

je však zkoumání mediační doložky, jakožto ustanovení smlouvy, které strany zavazuje v případě sporu zkusit tento vyřešit mediací.

Je zřejmé, že bez nadsázky je mediace jen tolik přínosná, nakolik je dobrý samotný mediátor, a právě na jeho osobu se soustředí třetí část této práce. Důraz je kladen kromě samotné volby neutrálního vhodného kandidáta na jeho povinnosti, ať již pochází ze zákonných ustanovení nebo z dobrovolně přijatých kodexů a pravidel. Neopomenutelným faktorem je však také problematika jeho odměňování.

Čtvrtá část se pak věnuje nejdůležitějším tématům souvisejícím se samotným mediačním řízením. I v tomto směru sledujeme chronologický postup, když se nejprve zaměřuje na smlouvu o provedení mediace, což je specifický smluvní typ, který kromě úpravy jednotlivých procesních práv a povinností stran i mediátora také zahajuje samotné mediační řízení. Samotná mediace pak může probíhat buď podle pravidel určitého ADR centra, nebo jako tzv. ad hoc řízení, které je upraveno výhradně zákonem a smlouvou o provedení mediace. Jako příklad prvního zmiňovaného případu jsou pak popsána pravidla ICC, jakožto jeden z nejdůležitějších a nejčastěji užívaných nástrojů ADR v mezinárodním obchodě. Následně je diskutována otázka důvěrnosti a mlčenlivosti v mediačním řízení, které patří mezi nejvýznamnější principy a současně výhody tohoto ADR. Posledním bodem v rámci mediačního řízení je zpravidla mediační dohoda, která zpravidla ukončuje nejenom samotný proces, ale také spor mezi stranami.

Mediace, jak již bylo řečeno, však nenalézá uplatnění toliko ve své klasické podobě v řešení klasických obchodních sporů. Jako ilustrace variability tohoto ADR řízení jsou uváděny tzv. hybridní ADR modely MED-ARB a ARB-MED, které jsou projevem kombinace mediace a rozhodčího řízení.

Příkladem užití mediace pro řešení netradičních obchodních sporů jsou uvedeny investiční spory, které byly doposud doménou toliko arbitráže, ale které jsou ve vzrůstající míře řešeny právě pomocí tohoto ADR řízení.

SUMMARY: MEDIATION OF COMMERCIAL DISPUTES - DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES

This paper addresses the mediation and its use in the both domestic and international commercial disputes. The milieu that serves as a source of the problems to be resolved during mediation is a specific one. It demands quick, cost-effective and confidential resolution of complicated disputes involving several parties. In general, this cannot be granted by the traditional ways of dispute resolution – litigation and arbitration.

Mediation is regarded as a cost-effective and quick extrajudicial resolution of disputes in civil and commercial matters through processes tailored to the needs of the parties. On the other hand, there are several legal and legal-related issues that have to be discussed. And thus, the question that remains to be answered is: *Is mediation really as effective as it is told?* And in the case of a positive answer – *why it is not the most commonly used dispute resolution procedure?* The main goal of this thesis is to answer these queries.

Its first part focuses on the issue of mediation in general. Quite surprisingly, there is no exact definition of mediation neither in the legal acts, nor in the opinion of the ADR experts. In contrast, plenty of definition can be found after short research. This could be a problem especially in the connection to the searching for the borders between mediation and other similar proceedings. Per contra, it is not difficult to find the limit between mediation and the court-settlement system or arbitration. This task is obviously more important and since such distinction can be used in praxis.

The difficulties related to the definition of mediation can be explained by the fact that mediation is differently used worldwide. These different forms of mediation are described by the *theory of mediation meta-model* that explains the consequent occurrence of mediation in the very different situation: Both top commercial multi-billion-dollar disputes and the family disputes of different tribes in the third world.

Although extrajudicial, mediation has to obey relevant law systems. So this paper addresses mediation from the point of view of national, European and international law too.

The second part of this thesis is dedicated to the pre-mediation issues. Quite surprisingly there are a lot of queries to be answered even before the mediation starts. These concern especially the mediation clauses; however, the publicity of mediation is discussed too. A special

attention is paid to the problems related to mandatory mediation. In this regard, the Italian and Czech examples are examined.

In the middle of the mediation proceedings, as well as in the middle of this paper stand the mediator and its rights and duties. One can say the mediation is only as good as its mediator and obviously this is true. Mediator as the corner piece of whole mediation proceedings has specific duties and rights which include the obligation of impartiality or the right to the payment for its performance.

The fourth part handles the main issues concerning the mediation procedure itself. It starts with agreement to mediate that is a specific contract that starts the mediation proceedings and determines the rights and duties of parties and mediator. The proceedings can be conducted as an *ad hoc* or as an institutional proceeding. Both version having some advantages and disadvantages are explained by the way of ICC's *ADR Rules* example. Furthermore, the issue of confidentiality as one of the principal characteristics of mediation is discussed from the different points of view. Finally, as the mediation agreement presents the typical outcome of the mediation proceedings, it cannot be skipped. The different issues are gone over in this respect, the recommended content and enforceability among them.

As was mentioned before, mediation is perfectly suitable for the different cases in everyday commercial business because of its flexibility. Thus sometimes it is used in connection with arbitration in order to propose an effective dispute resolution system called hybrid ADR procedures as the ARB-MED and MED-ARB are. But it is not only the combination but also the object of dispute that is resolved by mediation that proves mediation flexibility. As an example, its growing use in the field of investment disputes should be mentioned.

SEZNAM LITERATURY:

- ALEXANDER, N.: *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2004, ISBN 978-9041132246.
- ALEXANDER, N.: *The Mediation Metamodel: Understanding Practice*, (2008) 26 Conflict Resolution Quarterly 97, Vol. 26, No. 1.
- BARRETT, J. T.: *A History of Alternative Dispute Resolution*, Jossey-Bass: San Francisco 2004, ISBN 0-7879-6796-3.
- BARTON, K. – SAJNANI, S.: *Med-Arb and bias: Gao Haiyan v Keeneye Holdings Limited*, listopad 2011, online článek dostupný na <http://www.mallesons.com/>, [citováno k 1. září 2013].
- BARUCH BUSH, R.: *Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments*, in Denver Law Review, Vol. 66 (1989), No. 3.
- BERGER, K.: *Integration of Mediation Elements into Arbitration: ‚Hybrid‘ Procedures and ‚Intuitiv‘ Mediation by International Arbitrators*, in Arbitration International Vol. 19 (2003), No. 3.
- BODENHEIMER, R. F.: *Difficulties (not only) in Germany of Proposing Mediation: How and when to bring up mediation if it is not a contractual obligation*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7.
- BORN, G. B.: *International Commercial Arbitration*: 1. vydání. 2 svazky. Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2009, ISBN 978-90-411-2759-4.
- BROWN, C. *Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains Its Appeal*, in Pepperdine Dispute Resolution Journal, Vol. 2003–2004, No. 4.
- BÜHRING-UHLE, CH. – KIRCHHOF, L. – SCHERER, M. (eds.): *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- BURGESS, H. – BURGESS, G. M.: *Encyclopedia of Conflict Resolution*, ABC-CLIO: Santa Barbara 1997, ISBN 978-0874368390.
- CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS: *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, Paris 2006.
- CENTRE FOR EFFECTIVE DISPUTE RESOLUTION: *The Fifth Mediation Audit - A survey of commercial mediator attitudes and experience*, London 2012.

- COBEN, J. R. – THOMPSON, P. N.: *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, No. 11, Vol. 43, 2006.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, Brussels 2002.
- CORRIN CARE, J.: *Negotiating the Constitutional Conundrum: Balancing Cultural Identity with Principles of Gender Equality in Post-Colonial South Pacific Societies*, in *Indigenous Law Journal*, Vol. 2006, No. 5.
- CPR Institute: *Corporate Early Case Assessment Toolkit*, New York, 2009 dostupný online na <http://www.cpradr.org/Portals/0/Home/CPRECAToolkit2010.pdf>, [citováno k 1. září 2013].
- CPR Institute: *CPR Early Case Assessment "ECA" Guidelines*, New York 2009.
- *CPR: A Holistic, User-Friendly Approach To Dispute Resolution*, in *The Metropolitan Corporate Counsel*, Vol. 17, No. 8.
- CUMMING, J.: *Literacy demands of mediation: issues of fairness for low literacy Australians*, in *ADR Bulletin*, Vol. 2 (2000), No. 10, Article 3.
- DERAINS, Y. - SCHWARTZ, E. A.: *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edition revised, The Hague: Kluwer Law International, 2005, ISBN 978-90-411-2268-1.
- DIEDRICH, F.: *International/Cross Border Mediation within the EU*, online text dostupný na http://www.rgsl.edu.lv/uploads/files/4_RGSL_Mediation_Frank_Diedrich-International-Cross-Border-Mediation.pdf, [citováno k 1. září 2013].
- EDELMAN, L. – CARR, F. – CREIGHTON, J. L.: *The Mini-trial*, US Army Corps of Engineers, Ft. Belvoir 1989.
- EUROPEAN COMMISSION: *Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Brussels, 2002.
- FISHER, R. – URY, W.: *Getting to YES: Negotiating an agreement without giving in*, Random House Business Books: New York 1992 (2. vydání), ISBN 978-0395631249.
- FITZGERALD, S.: *Drafting dispute resolution clauses that work*, online text dostupný na <http://www.bellgully.com/resources/resource.01414.asp>, [citováno k 1. září 2013].
- GALANTER, M. - CAHILL, M.: „*Most Cases Settle*”: *Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, in *Stanford Law Review*, Vol. 46 (1994), No. 6.
- GARNER, B. A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, West - A Thomas Reuters business: St. Paul 2009 (9th ed.).

- GOH, B. C.: *Cross-Cultural Conflict Management in an Age of Globalisation*, in *Pertanika J. Soc. Sci. & Hum*, Vol. 20 (2012), No. 4.
- GOLDBERG, S. B. – SANDER, F. E. A. – ROGERS, N., H. – COLE, S. R.: *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Wolters Kluwer, New York 2007, ISBN 978-0-7355-6403-9.
- GOODRICH, M.: *Arb-med: ideal solution or dangerous heresy?*, 2012, online text dostupný na <http://www.whitecase.com/>, [citováno k 1. září 2013].
- GRAHAM, J. A.: *Issues for Mediation Clauses*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7
- GUERRA, N. S. – ELLIOTT, G. M: *Cognitive Roles in the Mediation Process: Development of the Mediation Inventory for Cognitive Roles Assessment*, in *Mediation Quarterly*, Vol. 14, No. 2, 1996.
- HANGER, I.: *Senior executive appraisal mediation*, in *ADR Bulletin*, Vol. 2000, No. 4.
- HANSEN, T.: *The Narrative Approach to Mediation*, 2003, online text dostupný na <http://www.mediate.com/articles/hansent.cfm>, [citováno k 1. září 2013].
- HM. MINISTRY OF JUSTICE: *The Dispute Resolution Commitment*, 2011, online text dostupný na <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/mediation/drc-may2011.pdf>, [citováno k 1. září 2013].
- HOLÁ, L.: *Mediace v teorii a praxi*, Grada Publishing: Praha 2011, ISBN 978-80-247-3134-6.
- CHOLENSKÝ, R.: *Jak odměnit mediátora, zejména za úspěšnou mediaci?*, In *Bulletin Advokacie*, Vol. 2013, No. 6.
- INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION: *ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, The Hague: ICCA, 2011, ISBN 978-90-817251-1-8.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: *Guide to ICC ADR*, 2001.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE: *ICC Dispute Resolution*, ICC: Paris 2011, ISBN 978-92-842-0142-6.
- IRANI, G. E.: *Islamic Mediation Techniques for Middle East Conflicts*, 2000, online text dostupný na <http://www.mediate.com/articles/mideast.cfm>, [citováno k 1. září 2013].
- JIMÉNEZ-FIGUERES, D.: *Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work*, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 21 (2004), No 1.

- KAH CHEONG, L.: *Case Note: Agreements to Mediate: The Impact of Cable & Wireless plc v IBM United Kingdom Ltd.*, in Singapore Academy of Law Journal, Vol. 16 (2004).
- KALICKI, J. E.: *Mediation of Investor-State Disputes: Revisiting the Prospects, 2013*, online text dostupný na <http://kluwerarbitrationblog.com/>, [citováno k 1. září 2013].
- KLAUS, C. - LIATOWITSCH, M.: *Mediation*, in KAUFMANN KOHLER, G. – STUCKI, B. (eds.): *International Arbitration in Switzerland: A Handbook For Practitioners*, Kluwer Law International, 2004, ISBN 978-9041123008.
- LACK, J.: *Appropriate Dispute Resolution*, in INGEN-HOUSZ, A. (ed.): *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures*, Volume II., Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2011, ISBN 978-90-411-3414-1.
- LAGERBERG, G. – MISTELIS, L.: *Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives*, PWC, 2013, dostupné online na <http://www.pwc.com/>, [citováno k 1. září 2013].
- LEATHES, M. - BULDER, B. - KERVERS, W. - SCHONEWILLE, M.: *Einstein's Lesson in Mediation*, in Managing IP, July–August 2006, dostupné online na <http://www.imimmediation.org>, [citováno k 1. září 2013].
- LÖRCHER, G.: *Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions*, in *Arbitration International*, Kluwer Law International, Vol. 17 (2001), No. 3.
- LOVENHEIM, P. – GUERIN, L.: *Mediate, Don't Litigate*, Nolo: Berkeley 2004, ISBN 1-4133-0030-8.
- LURIE, P.: *What to Look for in a Mediator*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7.
- LUX, J. – ORRE, M.-L.: *Confidentiality in Mediation – the Common Law Tradition*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7.
- MACKIE, K.: *The Future for ADR Clauses After Cable & Wireless v. IBM*, in *ARBITRATION INTERNATIONAL*, Vol. 19 (2003), No. 3.
- MANIRUZZAMAN, M.: *A Rethink of Investor-State Dispute Settlement*, 2013, online text dostupný na <http://kluwerarbitrationblog.com/>, [citováno k 1. září 2013].
- MCILWRATH, M. – SAVAGE, J.: *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, ISBN 9041126104.

- MEYER, J.: *Mediators' Alert: Now, Certification Goes Global*, in CPR Alternatives, Vol. 26 (2008), No. 3, dostupné online na <http://imimmediation.org/certification-goes-global>, [citováno k 1. září 2013].
- MOLOO, R. – JACINTO, J.: *Drafting International Mediation Clauses*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7.
- NADRAC: *Dispute Resolution Terms: The use of terms in (alternative) dispute resolution*, 2003, online text dostupný na <http://www.nadrac.gov.au>, [citováno k 1. září 2013].
- NAKAMURA, T.: *Brief Empirical Study on Arb-Med in the JCAA Arbitration*, JCAA Newsletter, Vol. 2009, No. 22, dostupné online na <http://www.jcaa.or.jp>, [citováno k 1. září 2013].
- NURRICK, L. – SCHNABLY, J.: *The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago*, in RAYFUSE, R. (ed.): *ICSID Reports: Reports of Cases Decided Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, ISBN 978-0521463409
- ODDY, A. - LEYDECKER, S. - MONAGHAN, A. – MCCLURE, M. – PHILLIPS, A.: *Latest results of UK government's ADR Pledge*, online článek dostupný na: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c14be77-3a79-45d0-a2ea-eadb57d3b9ce>, [citováno k 1. září 2013].
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *The Law Applicable to International Mediation Contracts*, in InDret - Revista Para el Analisis del Derecho, Vol. 2011, No. 1.
- PARLAMENT ČESKÉ REPUBLIKY (Poslanecká sněmovna 2011 VI. volební období): *Sněmovní tisk č. 426 Vládní návrh na vydání zákona o mediaci a o změně některých zákonů*, 2011, dostupné online na <http://www.psp.cz>, [citováno k 1. září 2013].
- PAUKNEROVA, M. – BRODEC, J. – PFEIFFER, M.: Czech Republic, in Carlos ESPLUGUES MOTA, C. - IGLESIAS BUHIGUES, J. L. - PALAO MORENO, G. (eds.): *Civil and Commercial Mediation in Europe, vol. I - National Mediation Rules and Procedures*, Intersentia 2012, ISBN 978-1-78068-130-6.
- PEPPE, S. R.: *Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation*, in: Texas Law Review Vol. 82 (2003), No. 2.

- PRESS, S.: *International trends in dispute resolution a US perspective*, in *ADR Bulletin*: Vol. 3 (2000), No. 2, Article 1.
- PRYLES, M.: *Multi-Tiered Dispute Resolution*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 18 (2001).
- RESNIK, J.: *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, Vol. 96 (1982).
- RISKIN, L.: *Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid Systém* in *Notre Dame Law Review*, Vol. 79 (2003), No 1.
- RISKIN, L.: *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*. In *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 1994, Vol. 12, No. 9.
- ROTH, M. – GHERDANE, D.: *Mediation in Österreich – Zivilrechts-Mediations-Gesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen*, in HOPT, K. – STEFFEK, F. (eds): *Mediation: Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, ISBN 978-3161497971.
- ROZEHNALOVÁ, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vydání. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, ISBN 978-80-7357-324-9.
- RUGGLE, P.: *Confidentiality in Mediation – the Civil Law Tradition*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7.
- SALBERG, A. C. – GLASNER, B. S.: *La médiation*, in MIRIMANOFF, J.A. – VIGNERON-MAGGIO-APPRILE, S.: *La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne: Lausanne 2008.
- SEREC, F. E.: *Practical Considerations When Thinking About Mediation*, in: Barclay, P. (ed.): *Mediation techniques*, International Bar Association, London 2010, ISBN 978-0-948711-23-7.
- SHAMIR, Y.: *Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application*, online text dostupný na http://webworld.unesco.org/water/wwap/pccp/pubs/summaries/ds_dispute.shtml, [citováno k 1. září 2013].
- SINCLAIR, A.: *ICSID arbitration: how long does it take?*, in *Global Arbitration Review*, GAR journal, Vol. 4, No 5.
- STEVENS, M. – LOVE, B.: *Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions*, 2009, online text dostupný na <http://www.cedr.com/>, [citováno k 1. září 2013].

- STIPANOWICH, T. - LAMARE, J. R.: *Living with 'ADR': Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations*; Pepperdine University Legal Studies Research Paper No. 2013/16.
- STIPANOWICH, T. J.: *ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution"*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. I (2004), No. 3.
- SVATOS, M.: *Mandatory mediation strikes back*, 2013, bude publikováno online na <http://mediate.com>.
- SVATOŠ, M.: *Důvěrnost v mediaci: Přišel jsem, viděl jsem, mlčel jsem...*, in: *Právní rádce*, Vol. 2013, No. 4.
- SVATOŠ, M.: *Evropské aspekty mediace a dalších ADR*, Epravo.cz, 2013, dostupné online: <http://www.epravo.cz/top/clanky/evropske-aspekty-mediace-a-dalsich-adr-88570.html>, [citováno k 1. září 2013].
- SVATOŠ, M.: *Hybridní ADR procesy MED-ARB a ARB-MED - na hranici dvou světů?*, článek připravený pro sborník z konference *Právo, obchod ekonomika*, 6.-8. Listopadu 2013, Štrbské pleso, Slovensko.
- SVATOŠ, M.: *Independence and impartiality of arbitrators and mediators – The Castor and Pollux of the ADR world?*, připravovaný článek pro BĚLOHLÁVEK, A. J. – ČERNÝ, F. – ROZEHNALOVÁ, N. (eds.): *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration - 2014*.
- SVATOŠ, M.: *MED-ARB: Řešení sporů pro 21. století?*, in *Právní rádce*, No.1, Vol. 2013, *Economia*, Prague.
- SVATOŠ, M.: *Mýty a fakta o prvním setkání s mediátorem, aneb všechno, co jste o mediaci chtěli vědět, ale báli jste se zeptat*, in *Bulletin Advokacie* Vol. 2013, No 11. (v době odevzdání práce v ediční přípravě).
- TARRAZON, M.: *Becoming Your Own 'Amiable Compositeur': Arb-Med with Mercedes Tarrazon* (IDN Podcast 52), 2008, online dostupné ve formátu mp3 na <http://www.cpradr.org/>, [citováno k 1. září 2013].
- TOCHTERMANN, P.: *Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution*, in: *Uniform Law Review - Revue De Droit Uniforme*, Vol. 34 (2008), No. 3.
- UNCITRAL: *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-third session* (Vienna, 20 November – 1 December 2000), Vienna 2000, online text

dostupný na <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/604/07/PDF/V0060407.pdf?OpenElement>, [citováno k 1. září 2013].

- UNITED NATIONS: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002*, New York 2004, ISBN 92-1-133730-5.
- VAN LEYNSEELE, P.: *Několik úvah o odměně mediátorů za úspěch*, in *Bulletin Advokacie*, Vol. 2013, No. 6,.
- VON LEWINSKI, K: *Professional Ethics in Alternative Dispute Resolution*, in *International Dispute Resolution*, Vol. 15 (2004), No. 3.
- WARE, S. J.: *Alternative dispute resolution*, West Group, 2001, ISBN 978-0-314228-02-4.
- WHITING, R.: *The Single-Issue, Multiple-Issue Debate and the Effect of Issue Number on Mediated Outcomes*, in: *Mediation Quarterly*, Vol. 1992, No. 10.
- WHYTE, D.: *Expedited enforcement in Scotland (and beyond?)*, 2011, online text dostupný na <http://www.inhouselawyer.co.uk/index.php/scotland-home/9632-expedited-enforcement-in-scotl..>, [citováno k 1. září 2013].
- WILLIAMS, M. L. – LEVIN, A.: *ADR Notes – Adjudication*, online text dostupný na <http://hsf-adrnotes.com/>, [citováno k 1. září 2013].
- WIWEN-NILSSON, T.: *Commercial dispute settlement: issues for the future - Conciliation: Enforcement of settlement agreements*, Modern Law for Global Commerce - Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL, Vídeň, 2007, online text dostupný na <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Wiwen-Nilsson.pdf>, [citováno k 1. září 2013].

CITOVANÁ ROZHODNUTÍ SOUDŮ

AUSTRÁLIE

- Jones v Castle Hill RSL Club ltd. (2005) NSWSC 1310.

EVROPSKÝ SOUD PRO LIDSKÁ PRÁVA

- *Deweert v Belgium* (1980) 2 EHRR 439).
- *Elsholz v Germany* (25735/94 ESLP (2000) 3FCR 385.
- *Hokkanen v Finland* (případ č. 50/1993/445/524) ESLP 1996 1 FLR 289.

FRANCIE

- Cour de cassation, 1ère chambre civile, 8 duben 2009, 08-10866.
- Cour de cassation, 2ème chambre civile, 6. červenec 2000, 98-17827.

HONGKONG

- *Gao Haiyan and Xie Heping v Keeneye Holdings Limited* [2011] 3 HKC 157, 12. dubna 2011.

NĚMECKO

- OLG Naumburg Beschl.v., 20. května 2005, - 10 Sch 01/05.

NOVÝ ZÉLAND

- *Duncan & Davis Nurseries New Plymouth LTC v Honnor Block LTD and Peter Hay*, Nejvyšší soud, High Court Auckland CIV 2005-404-2513.

USA

- *Coburn v Grabowski*, 1997 WL 309572 (Conn. Super. 1997).
- *Delyanis v Dyna-Empire Inc* 465 F Supp 2d 170, United States District Court, E.D. New York, 30. listopadu 2006.
- *DeValk Lincoln Mercury, Inc. V. Ford Motor Co* 811 F 2d 326 (7th Circuit 1987).
- *High Valley Homes, Inc. v. Fudge*, 2003 Tex. App. LEXIS 3273 (Tex. App. 2003).
- *Champagne v Victory Homes, Inc.*, 897 A.2d 803, 805 (Maine 2006).
- *Isaacson v Isaacson*, 348 N.J. Super, 792 A. 2d, 11. prosince 2001.
- *Lehrer v Zwernemann*, 14 S.W.3d 775 (2000), Court of Appeals of Texas, Houston (1st Dist.). 17. únor 2000.
- Nejvyššího soudu státu Iowa, 725 NW 2d 13.

- *Vernon v Acton* 732 NE 2d 805 (8th Cir 1999).

VELKÁ BRITÁNIE

- *AIGEurope SA v. QBE Int'l Ins. Ltd* [2001] 2 Lloyd's Rep. 268 (Q.B.)
- *Cable & Wireless Plc v IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm) (11 October 2002).
- *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust and Steel v Joy and Halliday*, Court of Appeal [2004] EWCA Civ 576.